CAPÍTULO 4. PARCERIAS ENTRE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O TERCEIRO SETOR: ESTADO DA ARTE

Antes de se adentrar à análise propositiva de reformulação do atual cenário normativo relativo às parcerias[287] entre a Administração Pública e o Terceiro Setor, mister que se conheça o estado da arte normativo em que nos encontramos.

4.1 Contratos da Administração Pública

De início vale a ressalva de Tarso Cabral Violin a respeito do tema, para quem

> muito se discute sobre as organizações sociais e as OSCIPs, e seus respectivos acordos com a Administração Pública, via contratos de gestão e termos de parceria. Entretanto, a doutrina nacional pouco se aprofunda quando o tema é relativo às contratações realizadas entre as entidades do "terceiro setor" e a Administração Pública, assim como aos convênios administrativos firmados entre o Poder Público e essas organizações.[288]

E realmente, embora não estejam no discurso corrente das parcerias entre a Administração Pública e o Terceiro Setor, o convênio e o contrato – principalmente este, do qual nos ocuparemos agora – devem ser analisados sob esta ótica.

Nos termos do artigo 2º, parágrafo único, da Lei n. 8666/93, contrato é "todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada".

Este conceito legal de contrato encontrado na Lei de Licitações é amplo, aproximando-se do conceito de *contratos da Administração Pública,* como gênero, significando "todos os contratos celebrados pela Administração Pública, seja sob regime de direito público, seja sob regime de direito privado".[289]

Marçal Justen Filho acolhe o conceito amplo de *contrato administrativo*, entendendo-o como gênero, porém prefere "**definir contrato administrativo como o**

---

[287] Na acepção ampla proposta por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, significando "todos os ajustes entre setor público e setor privado, para a consecução de fins de interesse comum, como concessões, permissões, convênios, contratos de gestão, terceirização e quaisquer outras modalidades admissíveis perante o nosso ordenamento jurídico" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 13).

[288] VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública:** uma análise crítica. Belo Horizonte : Fórum, 2006, p. 224.

[289] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 19ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 257.

acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa".[290]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, entende que

> a expressão **contrato administrativo** é reservada para designar tão-somente **os ajustes que a Administração, nessa qualidade, celebra com pessoas físicas ou jurídicas, públicas ou privadas, para a consecução de fins públicos, segundo regime jurídico de direito público.**[291]

A autora entende que o contrato administrativo é espécie do gênero *contrato*, em que também se encontram os contratos de direito privado, porém cada qual com suas peculiaridades. Não sendo objeto da presente análise as distinções entre cada espécie contratual, basta saber qual é o objeto possível para os contratos administrativos, de modo a verificar a viabilidade de formalizarem parcerias entre a Administração Pública e o Terceiro Setor.

A Administração Pública dispõe da ferramenta contratual para alcançar o interesse público, seja quando lança mão de *contratos administrativos,* seja quando se utiliza do expediente de *contratos de direito privado.*[292] "Em ambas as hipóteses haverá *interesse* e *finalidade pública* como pressupostos do contrato".[293] De qualquer forma,

> quando se cuida do tema contratual, verifica-se que, no que se refere às **sujeições** impostas à Administração, não diferem os contratos de direito privado e os administrativos; todos eles obedecem a exigências de **forma,** de **procedimento,** de **competência,** de **finalidade;**

---

[290] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 284, destaques no original.

[291] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 19ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 257, destaques no original.

[292] Expressões utilizadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (ibidem, p. 262), que ainda subdivide os *contratos administrativos* em i) *contratos tipicamente administrativos* e ii) *contratos que têm paralelo no direito privado.* Sobre o tema, calha a seguinte citação de Hely Lopes Meirelles: "Não é, portanto, o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público, que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do Direito Privado (obra, serviço, compra, alienação, locação) e a finalidade e o interesse público estão sempre presentes em quaisquer contratos da Administração, sejam públicos ou privados, como *pressupostos necessários* de toda atuação administrativa. É a participação da Administração, derrogando normas de Direito Privado e agindo *publicae utitlitatis causa,* sob a égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo. (...) A Administração pode realizar contratos sob normas predominantes do Direito Privado – e freqüentemente os realiza – em posição de igualdade com o particular contratante, como pode fazê-lo com supremacia do Poder Público. Em ambas as hipóteses haverá *interesse* e *finalidade pública* como pressupostos do contrato, mas, no primeiro caso, o ajuste será de *natureza semipública* (*contrato administrativo atípico*, como já o conceituou o extinto TFR), e somente no segundo haverá *contrato administrativo típico".* (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 26ª ed. São Paulo : Malheiros, 2001, pp. 202-203, destaques no original).

[293] Ibidem, p. 203, destaques no original.

> precisamente por essa razão é que alguns autores acham que todos os contratos da Administração são **contratos administrativos.**[294]

Apresentando classificação um pouco diversa, Marçal Justen Filho entende o *contrato administrativo* como gênero do qual são espécies

> os contratos administrativos de delegação de atribuições administrativas (por exemplo, concessão de serviço público), há os contratos administrativos propriamente ditos (por exemplo, o contrato de obra pública) e há os contratos de direito privado praticados pela Administração (por exemplo, o contrato de seguro).[295]

Utilizando esta classificação, importa sabermos se as três categorias apresentadas são ferramentas possíveis à formalização de uma parceria entre a Administração Pública e o Terceiro Setor.

4.1.1 Contratos de direito privado

Em primeiro lugar avaliemos a possibilidade de parcerias entre a Administração Pública e o Terceiro Setor através de contratos de direito privado. Escolhemos tratar desta hipótese em primeiro lugar justamente por permitir uma análise mais objetiva, deixando para os próximos tópicos as matérias mais suscetíveis a discussões.

Esta espécie contratual é utilizada pela Administração Pública quando o fim almejado pela avença não está diretamente ligado ao interesse geral.[296] Ou então

> abrange os contratos subordinados preponderantemente ao direito privado, em que a vinculação ao desempenho de função administrativa não acarreta alteração substancial do regime jurídico. São os contratos referidos no art. 62, § 3º, I, da Lei n. 8.666/93, que se subordinam essencialmente ao regime de direito privado.[297]

O dispositivo legal citado estabelece, *in verbis:*

---

[294] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 19ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 262.

[295] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2006, pp. 285-286.

[296] "Quando a Administração celebra contrato cujo objeto apenas indiretamente ou acessoriamente diz respeito ao interesse geral (na medida em que tem repercussão orçamentária, quer do lado da despesa, quer do lado da receita), ela se submete ou pode submeter-se ao direito privado; por exemplo, para comprar materiais necessários a uma obra ou serviço público, para colocar no seguro os veículos oficiais, para alugar um imóvel necessário à instalação de repartição pública, enfim, para se equipar dos instrumentos necessários à realização da atividade principal, esta sim regida pelo direito público" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 264).

[297] JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 289.

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:
I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;
II - aos contratos em que a Administração for parte como usuária de serviço público.

A própria Lei de Licitações, portanto, trata de criar diferenciação entre os *contratos administrativos* e os *contratos de direito privado,* que recai especialmente sobre as chamadas *cláusulas exorbitantes.* Considerando a natureza eminentemente privada da relação, estes contratos acabam por não admitir a inclusão das prerrogativas de que é dotada a Administração Pública, ou as admitem com limites.[298] Por isso, inclusive, o dispositivo citado é expresso em afirmar a aplicação de certas prerrogativas à Administração Pública *no que couber.* Nestas situações, cláusulas de privilégio em favor da Administração Pública que existem até implicitamente em contratos administrativos poderiam inviabilizar a avença, motivo que exige a adaptação de modo a fazer aplicar regime jurídico de direito privado ou híbrido.

Vale transcrever os dispositivos mencionados pelo artigo 62, § 3º, I, da Lei n. 8.666/93, acima citado, para dar a dimensão das prerrogativas aplicáveis aos referidos contratos *no que couber*:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:
I - o objeto e seus elementos característicos;
II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
VIII - os casos de rescisão;
IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexigiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;

[298] Sobre o tema cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 263 e ss.

XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
III - fiscalizar-lhes a execução;
IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.
§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.
§ 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.
Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.
Parágrafo único. É nulo e de nenhum efeito o contrato verbal com a Administração, salvo o de pequenas compras de pronto pagamento, assim entendidas aquelas de valor não superior a 5% (cinco por cento) do limite estabelecido no art. 23, inciso II, alínea "a" desta Lei, feitas em regime de adiantamento.

Art. 61. Todo contrato deve mencionar os nomes das partes e os de seus representantes, a finalidade, o ato que autorizou a sua lavratura, o número do processo da licitação, da dispensa ou da inexigibilidade, a sujeição dos contratantes às normas desta Lei e às cláusulas contratuais.
Parágrafo único. A publicação resumida do instrumento de contrato ou de seus aditamentos na imprensa oficial, que é condição indispensável para sua eficácia, será providenciada pela Administração até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura, para ocorrer no prazo de vinte dias daquela data, qualquer que seja o seu valor, ainda que sem ônus, ressalvado o disposto no art. 26 desta Lei.

Vale repisar que estas cláusulas, especialmente a contida no artigo 58[299], serão aplicadas aos contratos de direito privado da Administração Pública somente *no que couber,* pois a própria Lei de Licitações assume que estes são regidos *predominantemente* pelo direito privado.

Não há dúvidas de que a Administração Pública e o Terceiro Setor podem firmar contratos desta natureza. Ocorrerá, por exemplo, na hipótese de uma entidade sem fins lucrativos da área de educação ser locadora de imóvel de sua propriedade para a instalação de órgão municipal. Neste caso, ocorrendo a hipótese prevista no artigo 24, X, da Lei n. 8666/93[300], que estabelece dispensa de licitação para as locações de imóveis cuja localização seja determinante para a Administração Pública, o contrato será regido pelas normas de direito privado e algumas normas de direito público. Não ocorrendo a situação de dispensa de licitação, a Administração Pública, na condição de locatária do bem imóvel, deverá promover licitação nos moldes da Lei n. 8666/93, podendo ou não uma entidade do Terceiro Setor se sagrar vencedora da licitação caso disponha da melhor oferta de acordo com os termos propostos pelo Poder Público enquanto locatário.

Outra possibilidade de contrato de direito privado entre a Administração Pública e o Terceiro Setor ocorrerá caso uma instituição filantrópica ceda em comodato uma quadra poliesportiva de que dispõe, para a utilização por alunos de escola da rede estadual de ensino vizinha à entidade em determinado período do dia.

Exemplo em sentido inverso pode ser colhido da doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, que ensina que "quando a lei permite o **comodato** de bem público, pode

[299] "O § 3º do art. 62 alude à aplicação aos contratos privados da Administração Pública de alguns dispositivos específicos e à incidência das 'demais normas gerais' sobre contratos administrativos. As regras dos arts. 55, 60 e 61 não apresentam maior controvérsia. Disciplinam requisitos de forma na contratação. Inexiste conflito entre esses princípios e os do direito privado. Seu efeito mais sensível é tornar obrigatórias formalidades que no direito privado seriam meramente facultativas. A maior dificuldade reside na aplicação do art. 58 e 'demais normas gerais' de direito administrativo. A alteração unilateral dos contratos é incompatível com o funcionamento dessas atividades. Não será admitida a imposição compulsória de alterações contratuais – o particular poderá a tanto se opor, preferindo a rescisão do contrato. Assim, por exemplo, uma seguradora particular não pode ser constrangida a manter um contrato de seguro se a Administração deliberar ampliar o objeto segurado ou os riscos incidentes. Mas as demais competências anômalas – tal como a fiscalização reforçada, o regime especial de recebimento de bens e a própria extinção por decisão unilateral da Administração Pública – podem ser exercitadas, uma vez que não geram risco de comprometimento da iniciativa privada" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 310).

[300] "Art. 24. É dispensável a licitação: (...) X - para a compra ou locação de imóvel destinado ao atendimento das finalidades precípuas da administração, cujas necessidades de instalação e localização condicionem a sua escolha, desde que o preço seja compatível com o valor de mercado, segundo avaliação prévia".

estabelecer para a Administração a faculdade de exigi-lo de volta por motivo de interesse público".[301]

Poderá ocorrer, da mesma forma, demanda de aquisição esporádica de determinado material de uso da Administração Pública que possa ser fornecido por entidade sem fins lucrativos, dando ensejo à assinatura de contrato de compra e venda entre a Administração Pública e o Terceiro Setor. Neste caso, além do regime de direito comum – Código Civil –, o contrato de direito privado firmado entre a Administração Pública e o Terceiro Setor deverá se submeter aos artigos 14 a 16, da Lei n. 8666/93, e aos artigos 55 e 58 a 61, *no que couber.*

> As normas contidas nessa lei [8666/93] a respeito da **compra** (arts. 14 a 16) e da **alienação** (arts. 17 a 19) não derrogam o direito comum; apenas estabelecem determinadas exigências, que dele exorbitam, concernentes ao **procedimento** prévio que a Administração deverá observar para concretizar o contrato: no caso de comporá, essas exigências dizem respeito à indicação de recursos financeiros, ao princípio da padronização, ao registro de preços, à pesquisa de mercado; quanto à alienação, exige-se demonstração do interesse público, prévia avaliação, licitação e autorização legislativa, nas hipóteses que especifica. Trata-se da já referida aplicação, a **todos os contratos** da Administração, das **sujeições** próprias do regime jurídico administrativo, e que têm por objetivo, basicamente, assegurar a observância da legalidade e o respeito ao interesse público.[302]

Estes exemplos servem para demonstrar a possibilidade de existirem *contratos de direito privado* firmados entre a Administração Pública e o Terceiro Setor, que devem ser incluídos no conceito amplo de *parcerias* para justificar a sua abordagem no presente trabalho.

São contratos regidos *predominantemente* por normas de direito privado, mas que se *sujeitam* ao regime jurídico administrativo pelo conteúdo de interesse público de que se revestem.

4.1.2 Contratos administrativos propriamente ditos

Também chamados de *contratos administrativos de colaboração*[303],

---

[301] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo** 19ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 263, destaque no original.
[302] Ibidem, pp. 265-266, destaque no original.
[303] JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 289; MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 26ª ed. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 203.

> são aqueles cujo objeto reside em prestações realizadas entre particulares e a Administração Pública, sujeitos a um regime jurídico próprio, definido preponderantemente na Lei n. 8.666/93. Essa categoria abrange também as concessões administrativas da Lei n. 11.079, mesmo que a elas não se aplique, rigorosamente, a disciplina da Lei n. 8.666.[304]

Conforme nos ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

> o contrato administrativo visa à prestação de serviço público, não no sentido restrito de 'atividade exercida sob regime jurídico exorbitante', mas no sentido mais amplo, que abrange toda atividade que o Estado assume, por lhe parecer que a sua realização era necessária ao interesse geral e que a iniciativa privada era insuficiente para realizar adequadamente.[305]

Este sentido amplo de serviço público a que faz menção a autora pode ser compreendido como o *interesse público,* constante do conceito proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello:

> À vista das considerações precedentemente feitas, pode-se conceituar contrato administrativo da seguinte forma: é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado.[306]

Expressivo desta realidade também é o conceito de Hely Lopes Meirelles: "contrato administrativo é o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com particular ou outra entidade administrativa para a consecução de objetivos de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração".[307]

Como dito no tópico anterior, o *contrato administrativo* difere do *contrato de direito privado* basicamente em virtude de prever prerrogativas ao Poder Público[308], que podem ser resumidas nas seguintes possibilidades[309]:

---

[304] JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 290. Trataremos, neste tópico, somente dos contratos regulados pela Lei 8.666/93, deixando os contratos da Lei 11.079/2004 para tópico específico

[305] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 19ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 264.

[306] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 18ª ed. São Paulo : Malheiros, 2005, pp. 580-581.

[307] MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., pp. 201-202.

[308] "O Contrato Administrativo distingue-se do contrato de direito privado por ser firmado pela Administração Pública, tendo objetivos de interesse público e por prever condições diferenciadas ao Poder Público" (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Contratos administrativos no Brasil. In: _____. **Direito administrativo em debate.** Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004, p. 136). "Da sua característica essencial, consubstanciada na *participação da Administração com supremacia de poder,* resultam para o contrato administrativo certas peculiaridades que os contratos comuns, sujeitos às normas do Direito Privado, não ostentam. Tais peculiaridades constituem, genericamente, as chamadas *cláusulas exorbitantes,* explícitas ou

a) exigência de garantia;
b) alteração unilateral do contrato;
c) extinção unilateral do contrato;
d) continuidade do contrato;
e) controle do contrato;
f) aplicação de penalidades contratuais;
g) anulação;
h) retomada do objeto.

Os contratos administrativos propriamente ditos são regulados pela Lei n. 8666/93, que define o seu objeto da seguinte forma:

> Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
> Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.
> Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.
> Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.

Aqueles contratos, portanto, que por sua natureza admitam a fruição de prerrogativas por parte da Administração Pública, serão considerados *contratos administrativos.* Os *contratos administrativos propriamente ditos,* por sua vez, podem ser considerados como

> ***um acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que uma das partes, atuando no exercício da função administrativa, é investida de competências para***

---

implícitas em todo contrato administrativo" (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 26ª ed. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 203)

[309] Cf. SOUTO, Marcos Juruena Villela. Contratos administrativos no Brasil. In: _____. **Direito administrativo em debate.** Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004, p. 137; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 19ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, pp. 273-280.

inovar unilateralmente as condições contratuais e em que se assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira original.[310]

E continua o autor, ainda sobre a dificuldade de diferenciar os *contratos de direito privado* dos *contratos administrativos propriamente ditos,* nos seguintes termos:

> É extremamente problemático estabelecer um critério diferencial entre os contratos privados praticados pela Administração e os contratos administrativos propriamente ditos. A diferenciação não pode fundar-se no grau de vinculação entre a avença e a promoção dos direitos fundamentais, pois o contrato de direito privado também é uma via para tanto. A melhor solução é reconhecer a impossibilidade de submissão integral de certos segmentos do mercado às regras de direito público. A questão reside não na natureza ou no objeto do contrato propriamente dito, mas no setor da iniciativa privada a que a contratação se relaciona.[311]

Podemos usar como exemplos de *contratos administrativos propriamente ditos,* os contratos de obra e os contratos de serviço, previstos nos artigos 1º e 2º, da Lei 8666/93, acima transcritos.

A mesma lei, em seu artigo 6º, I e II, define respectivamente obra como "toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta" e serviço como "toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais".

Os artigos 7º a 13, da Lei de Licitações, estabelecem o regime específico aplicável a estas hipóteses contratuais, tais como a exigência de projetos básico e executivo prévios à execução, portanto exigindo a aprovação prévia do projeto básico e dos respectivos orçamentos, além das modalidades de execução das obras e serviços (empreitada por preço global, empreitada por preço unitário, tarefa e empreitada integral), dos serviços considerados especializados, etc.

Aproximando este regime geral aqui exposto do foco do presente trabalho, não há dúvidas de que os *contratos administrativos propriamente ditos* servem como espécie de parceria entre a Administração Pública e o Terceiro Setor.

A título de exemplo podemos citar a contratação, sujeita a licitação, de obra de reforma de estabelecimento público de saúde a fim de que se transforme em unidade de atendimento exclusivo a pessoas portadoras de necessidades físicas especiais, adaptando

---

[310] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 296.
[311] Ibidem, pp. 308-309.

fisicamente toda a estrutura do prédio a estas necessidades decorrentes das características dos destinatários dos serviços do hospital. A inclusão de portadores de necessidades especiais, de forma geral, é matéria que se encaixa perfeitamente no que chamamos de *espaço de participação* do Terceiro Setor, como anteriormente analisado. Nada impede, portanto, que exista entidade sem fins lucrativos especializada na adaptação de espaços físicos aos portadores de necessidades especiais, que envolve conhecimentos específicos de profissionais habilitados e envolvidos com o tema, para muito além do simples conhecimento técnico da construção civil. E nada impede, ainda, que esta entidade participe da licitação e se sagre vencedora, firmando contrato de obra pública com a Administração para referida reforma.

No campo dos serviços podemos imaginar a hipótese de determinado órgão ambiental, desenvolvendo determinado projeto, se deparar com a necessidade de um levantamento das espécies de fauna existentes em dada região, lançando mão de procedimento licitatório para a contratação de executor deste serviço. Como o meio ambiente, em suas vertentes educacional, conservacionista, de pesquisa, etc., também se enquadra no espectro material de atuação do Terceiro Setor, muito provavelmente existirão entidades sem fins lucrativos habilitadas a participar desta licitação e, sagrando-se vencedoras, firmar contrato administrativo para este serviço.

Ainda um exemplo de serviços passíveis de serem contratados entre a Administração Pública e o Terceiro Setor, neste caso considerados *serviços técnicos especializados,*[312] encontra-se na possibilidade de a Administração Pública realizar concurso, licitação ou contratação com dispensa de licitação, para a contratação de serviços de restauração do acervo histórico de um museu, podendo se valer dos serviços de entidade do Terceiro Setor para tanto.

Temos, então, que a possibilidade de a Administração Pública e o Terceiro Setor firmarem *contratos administrativos propriamente ditos* é bastante clara, e dependerá, entre outras coisas, da adequação das necessidades do Poder Público e do objeto social da entidade.[313]

---

[312] Lei 8666/93: "Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: (...) VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico."

[313] Veja-se como entendeu o Tribunal de Contas da União, citando Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em caso relativo à participação de OSCIP em processo licitatório: "9. No entanto, reconheço que a questão não é pacífica. Parece haver, inclusive, certa tendência a se aceitar que elas possam participar de licitações na Administração Pública, desde que a atividade a ser contratada esteja prevista no Estatuto: 'Não é que elas não possam ser contratadas. Eventualmente elas podem, se a prestação de serviços e o fornecimento de bens estiver prevista dentre seus objetivos institucionais. Só que, em se tratando de contrato, está sujeito à

4.1.3 Contratos administrativos de delegação de competências administrativas

Outra forma de parceria possível entre a Administração Pública e o Terceiro Setor, ainda no âmbito dos contratos da Administração Pública, é através da assinatura de *contratos administrativos de delegação de competências administrativas,* que

> compreende os contratos cujo objeto é a delegação a particulares do exercício de competências administrativas. O objeto da contratação é a atribuição de título jurídico para que um terceiro desempenhe funções tipicamente estatais, desencadeando relações jurídicas de direito público perante os administrados. Estão regidos preponderantemente pelas Leis n. 8.987/95 e 11.079/2004 (no tocante à chamada "concessão patrocinada", tema ao qual se voltará a tratar adiante).[314]

A Constituição Federal, no já citado artigo 175, outorga ao Poder Público, direta ou indiretamente, nestes casos através de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos, nos seguintes termos:

> Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.
> Parágrafo único. A lei disporá sobre:
> I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;
> II - os direitos dos usuários;
> III - política tarifária;
> IV - a obrigação de manter serviço adequado.

E é justamente a Lei n. 8987/95 que regula as concessões e permissões de serviços públicos, nos termos do seu artigo 1º: "Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da

---

licitação. Se a Administração Pública aceita contratar Oscip para fornecimento de bens e serviços, tem que haver licitação em que a entidade participe em igualdade de condições com outros possíveis interessados. (Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Palestra 'As Organizações Sociais e as Organizações da Sociedade Civil de Interesse Publico (Leis nºs 9.637/98 e 9.790/99)', proferida no seminário 'O Ministério Público e a Fiscalização das Entidades Não Governamentais de Interesse Público', retirada do site do Ministério Público do Estado de São Paulo)" (Tribunal de Contas da União. Representação: TC-002.993/2007-5. Apenso: TC-003.830/2007-4. Acórdão 1021-22/07. Ata n° 22/2007 – Plenário. Data da Sessão: 30/5/2007 – Ordinária. Ministro Relator Marcos Vinicios Vilaça). A mesma conclusão, a nosso ver, pode ser aplicada a associações civis e fundações privadas não qualificadas como OSCIP.

[314] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo,** 2ª ed., São Paulo : Saraiva, 2006, p. 290. Trataremos, neste tópico, somente dos contratos regulados pela Lei 8.987/95, deixando os contratos da Lei 11.079/2004 para tópico específico.

Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos".

Materialmente a lei define o seu objeto no artigo 2º, conceituando da seguinte forma:

> Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:
> I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;
> II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;
> III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;
> IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Vale que sejam trazidos alguns conceitos doutrinários da *concessão de serviços públicos* a fim de cotejo com o conceito legal. De acordo com Marçal Justen Filho,

> ***a concessão comum de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público e temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento.***[315]

O próprio autor, no entanto, reconhece que sua posição é "absolutamente isolada na doutrina e na jurisprudência, que entendem que a concessão é pactuada apenas entre o poder concedente e o concessionário".[316]

Vale trazer, neste sentido, o conceito amplo proposto por Maria Sylvia Zanella Di Pietro, para quem

> pode-se definir **concessão**, em sentido amplo, como o **contrato administrativo** pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de **serviço público ou de obra**

[315] Ibidem, p. 510, destaques no original.
[316] Ibidem, p. 510, nota de rodapé n. 14.

pública, ou lhe cede o **uso de bem público,** para que o **explore pelo prazo** e nas **condições regulamentares e contratuais.**[317]

Celso Antônio Bandeira de Mello propõe o seguinte conceito, agregando outros elementos relacionados à *assunção de responsabilidade do concessionário,* à *remuneração do serviço* e à *cobrança de tarifas dos usuários:*

> Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se *pela própria exploração do serviço,* em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.[318]

Dos conceitos ora apresentados identificamos polêmicas que se acentuam quando se pretende fazer a análise do instituto das concessões sob o prisma de uma entidade do Terceiro Setor na condição de concessionária.

A começar pelo próprio objeto das concessões, que em princípio não aponta para maiores tergiversações: *os serviços públicos.* É elemento concordante dos conceitos o fato de o Estado atribuir a um sujeito privado o exercício de um *serviço público.* É de se observar, no entanto, que a doutrina é discordante quanto à possibilidade de uma entidade do Terceiro Setor se tornar concessionária de serviço público, haja vista a natureza das atividades.

Como dissemos em tópico anterior em que nos debruçamos em definir um *espaço de participação do Terceiro Setor,* em se tratando de atividade prestacional estas entidades desenvolvem ações em matéria de *serviços de relevância pública* na promoção de direitos fundamentais. Estes mesmos *serviços de relevância pública* prestados pelo Terceiro Setor, quando desempenhados pelo Estado, podem ser qualificados como *serviços públicos,* a que parte da doutrina chama de *serviços públicos sociais.*[319] A matéria em que Estado e Terceiro Setor atuam em suas atividades prestacionais, neste caso, é a mesma; há um compartilhamento de titularidade, esta não sendo exclusiva do Estado nem do Terceiro

---

[317] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 19ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 294, destaques no original. A autora utiliza o conceito *em sentido amplo* para abrangrer as espécies de concessão, quais sejam, a *concessão de serviço público,* a *concessão patrocinada,* a *concessão administrativa,* a *concessão de obra pública* e a *concessão de uso de bem público.*

[318] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 18ª ed. São Paulo : Malheiros, 2005, p. 658, destaques no original.

[319] "Serviço público **social** é o que atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, ta l como ocorre com os serviços de saúde, educação, previdência, cultura, meio ambiente" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 123, destaque no original).

Setor. Por esta razão, parcela da doutrina entende que estes *serviços públicos sociais* não podem ser objeto de concessão de serviço público. Conforme entende Celso Antônio Bandeira de Mello, "só há concessão de serviço público quando o Estado considera o serviço em causa como próprio e *como privativo do Poder Público"*.[320] E continua o autor dizendo que

> Por isto não caberia cogitar de outorga de concessão a alguém para que preste serviços de saúde ou de educação, já que nem uma nem outra destas atividades se constituem em serviços privativos do Estado. *Quando desempenhadas por ele,* submetem-se ao regime próprio dos serviços públicos, mas, consoante dantes deixou-se registrado (Capítulo XIV, n. 19), seu desempenho é "livre" para os particulares, na forma do disposto, respectivamente, nos arts. 199 e 209 da CF.[321]

Como se observa, o fundamento material para este entendimento pela impossibilidade de concessão de serviços públicos que não sejam de titularidade exclusiva do Estado estaria no fato de a iniciativa privada ser dotada de titularidade originária para a prestação de tais serviços, o que retiraria a possibilidade de delegação.

Esta conclusão remete à conseqüência de que, em se tratando de *serviços públicos sociais* por exemplo, ou a iniciativa privada exercita seu direito próprio à execução destas atividades por si só, ou o Estado exercita este direito próprio por si só, sem prejuízo de desenvolverem atividades paralelas. Mas estas atividades nunca se cruzariam com vistas a dar efetividade ao interesse público. Fazendo uma análise um pouco mais aguda, entendendo o Poder Público que determinada atividade de cunho social que desenvolva não lhe é financeiramente viável ou não lhe é conveniente prestar, [322] a concessão deste serviço público não é uma alternativa para tanto.

Trazendo para o mundo dos fatos a fim de solicitar a ajuda sempre ilustrativa dos exemplos, mostrando-se inconveniente a administração pública de determinado museu municipal, *serviço público social* vinculado ao direito social à cultura e ao lazer, propõe-se que à municipalidade não socorra o instituto da concessão de serviço público porque esta atividade é livre, também, à iniciativa privada. Não seria dada a oportunidade, ao Poder

---

[320] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Op. cit., p. 667, destaques no original.
[321] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Ibidem, nota de rodapé n. 11, destaques no original.
[322] "Pela concessão, o poder público se desonera da prestação de serviços públicos de sua titularidade em relação aos quais não tem condições financeiras ou não entende ser conveniente a sua prestação direta" (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos.** Rio de Janeiro : Forense, 2007, p. 568).

Público, de utilizar este instrumento para delegar a administração deste bem público a um particular de modo a efetivar um valor constitucional fundamental.[323]

É, aliás, conclusão que também se extrai de leitura de trecho da obra de Alexandre Santos de Aragão:

> Também não poderá ser objeto de delegação a particular o exercício de atividades não monopolizadas pelo Estado, que podem ser livremente desempenhadas por agentes privados, observadas apenas as normas de poder de polícia incidentes sobre a atividade. O direito ao exercício dessas atividades integra a esfera da iniciativa privada, não havendo como o poder público contratualmente criar esse direito em favor desse ou daquele particular. Não pode criar um direito que o particular já tem.[324]

Mas este mesmo autor nos oferece entendimento em sentido contrário na seguinte passagem:

> Tradicionalmente considera-se ser essencial à conceituação de determinado contrato como concessão de serviço público que a atividade dele objeto seja reservada ao Estado; que o particular só possa explorá-la mediante a concessão, mas, nos casos acima, a atividade em si (estacionamento, teatro etc.) não é exclusiva do Estado. O que é exclusivo do Estado é a possibilidade de elas serem exploradas em bens públicos.
>
> O ponto central desses contratos é a titularidade do Estado sobre o bem, não sobre a atividade, razão pela qual alguns poderiam ver esses contratos mais como concessão de uso de bem público que de serviço público. Todavia, mesmo as concessões de serviços públicos também são sempre complexas, no sentido de geralmente implicarem na realização de alguma obra pública e utilização ou até modificação de bens públicos.
>
> Naqueles contratos a realização de obras públicas sobre bens públicos é mais relevante do que geralmente é nas demais concessões de serviços públicos. Estão, assim, mais próximos das concessões de serviços públicos precedidos da realização de obra pública (art. 2º, III, Lei n. 8.987/95), e não de uma concessão pura e simples de uso de bem público. A Lei n. 8.987/95 é-lhes, portanto, plenamente aplicável.
>
> Essas concessões complexas – concomitantemente de bem, de obra e de serviços públicos – atenuam a exigência de as atividades objeto de concessões de serviços públicos deverem ser titularizadas com exclusividade pelo Estado.
>
> Integram a inegável tendência contemporânea de tornar passível de gestão delegada privada não apenas os serviços públicos econômicos (titularizados pelo Estado) – seu objeto clássico –, como também as atividades econômicas *stricto sensu* e os serviços públicos sociais e culturais que a iniciativa privada pode explorar por direito próprio, isto é, sobre os quais não há *publicatio*.
>
> (...)
>
> Nos casos dos serviços públicos sociais e culturais, ao invés de ser transferido ao particular o direito de exercer uma atividade que, sem a concessão, lhe seria vedada, lhe é conferido o direito de explorar determinada atividade com o apoio (através de suporte financeiro, da cessão de bens públicos etc.) do Estado. Em outras palavras, a atividade em si poderia ser

---

[323] "A concessão de serviço público é um instrumento de implementação de políticas públicas. Não é, pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado. Mais ainda, é um meio para realização de valores constitucionais fundamentais" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 509).

[324] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Op. cit., p. 562.

> explorada pelo particular livremente ou sujeita apenas à fiscalização de poder de polícia, mas para ele poder explorá-la com o apoio (e correspectivamente com a interferência) do Estado, ele precisa da concessão.
> Como veremos nos dois próximos capítulos, a gestão privada dessas atividades é uma das principais causas do surgimento de algumas das mais recentes modalidades de delegação de serviços públicos, a exemplo das concessões administrativas, previstas na Lei das PPPs, e dos contratos de gestão com organizações sociais. Nada impede, contudo, como visto, que também seja possível a delegação de atividades sem *publicatio* no marco da Lei n. 8.987/95.[325]

Quer nos parecer que a razão esteja ao lado deste autor. Mesmo a titularidade dos *serviços públicos sociais* não sendo exclusividade do Estado, é de se considerar que da mesma forma não é exclusividade da iniciativa privada. Isto significa dizer que Estado e Terceiro Setor podem, por exercício de direito próprio, desenvolver tais atividades paralelamente. Mesmo não havendo titularidade exclusiva do Estado, a *titularidade compartida* outorga parcela de participação estatal que confirma a natureza de *serviço público* destas atividades. E neste ponto, havendo *serviço público* desenvolvido pelo Estado, ao menos materialmente não há óbice à delegação através da concessão de serviços públicos. Justifica-se, ainda, a concessão, como extensão da possibilidade de atuação da iniciativa privada nestas atividades: por si só em exercício de direito próprio ou com o apoio do Estado através da concessão.

Utilizando exemplos comparativos, se o Poder Público pode delegar em concessão a exploração de estacionamento em imóvel público, também pode delegar a exploração de teatro em imóvel público. Não vemos, assim, óbice material à concessão de serviços públicos sociais do Poder Público a instituição do Terceiro Setor.

Diga-se, aliás, que o melhor exemplo desta possibilidade advém de dispositivo constitucional. O artigo 223, ao prever a complementariedade dos sistemas privado, público e estatal de serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, expressamente prevê a concessão de serviço público não exclusivo do Estado:

> Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

[325] Ibidem, pp. 572-574.

Embora seja regime jurídico específico desta espécie de serviço público, é elemento que demonstra a impossibilidade de se sustentar a necessidade de titularidade exclusiva do Estado como condição à concessão de serviços públicos.[326]

Outra polêmica que ronda a concessão de serviços públicos sociais diz respeito à possibilidade ou não de concessão de serviços gratuitos. Para dar o tom dos debates, veja-se comentário comparativo de Alexandre Aragão, comentando o contexto de surgimento dos novos regimes de concessão implantados pela Lei n. 11.079/04 (posteriormente analisada):

> É que o mecanismo clássico de concessão tinha a ver somente com obras ou serviços onerosos (ou seja, pagos pelos utentes mediante taxas ou tarifas de utilização), sendo o investimento do concessionário amortizado e remunerado pelos rendimentos da sua exploração. Mediante a concessão o Poder Público dispensava-se de qualquer envolvimento financeiro, recebendo no final da concessão a obra ou serviço em funcionamento, livre de encargos (em princípio). O mecanismo da concessão não era por isso aplicável às obras e serviços públicos gratuitos (ou quase gratuitos) para os utentes, como hospitais e escolas.[327]

O conceito de concessão proposto por Celso Antônio Bandeira de Mello, já transcrito, deixa clara a idéia de que seria pressuposto deste instituto a remuneração pela própria exploração do serviço, em geral mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço. O autor é enfático em dizer que

> é indispensável – sem o quê não se caracterizaria a concessão de serviço público – que o concessionário se remunere pela "exploração" do *próprio serviço concedido.* Isto, de regra, se faz, como indicado, "em geral" e "basicamente" pela percepção de tarifas cobradas dos usuários. (...) Se, entretanto, o serviço fosse remunerado apenas por fontes estranhas à

[326] Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). **Direito público:** estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte : Del Rey, 2004, pp. 331-351. O autor, aliás, faz expressa menção ao desenvolvimento destas atividades por entidade do Terceiro Setor concessionária, nos seguintes termos: "O sistema estatal é aquele voltado à informação institucional do Estado (por exemplo o que ocorre nas TVs legislativas, na TV Justiça ou nos horários dedicados a informações institucionais – horário eleitoral ou Hora do Brasil); o sistema público é aquele voltado às finalidades de interesse público, educativas e culturais, desvestidas das finalidades econômicas, mercantis, como ocorre com as TVs educativas ou as TVs organizadas por OSCIPs; e por fim o sistema privado é aquele onde se alocam as empresas de radiodifusão que, malgrado servirem muito bem para a pluralidade na comunicação social, exploram os serviços com vistas aos interesses privados, de natureza econômica" (Ibidem, p. 336). Cf. DALLARI, Adilson de Abreu. Cobrança de taxa para custeio da TV educativa. **Revista de Informação Legislativa,** Brasília : Senado Federal, ano 35, n. 138, abr.-jun. 1998, pp. 113-125.

[327] ARAGÃO, Alexandre. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,** Salvador : IDPB, n. 2, mai.-jun.-jul. 2005, p. 4. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 19 mar. 2007.

exploração do serviço, não existiria concessão de serviço público, mas modalidade contratual diversa.[328]

Maria Sylvia Zanella Di Pietro também adverte que

No caso dos serviços sociais do Estado, como o ensino e a saúde, quando prestados pelo Estado, devem, obrigatoriamente, ser gratuitos. Por isso, não podem ser objeto de qualquer tipo de concessão que implique cobrança de tarifa, o que exclui a concessão de serviço público tradicional e a concessão patrocinada.[329]

Tarso Cabral Violin, analisando a questão das creches municipais, também se manifesta neste sentido:

O meio adequado para o repasse seria a concessão de serviços públicos, o que entendemos também não é compatível no caso das creches. Se os serviços de gestão das creches pudessem ser repassados a particulares, por meio de concessão de serviços públicos, o prestador destes serviços seria pago pelo próprio Município, e não pelos usuários das creches.[330]

Não nos parece, no entanto, que o nosso ordenamento jurídico exija esta limitação relativa à remuneração do concessionário para fins de permitir a implementação de determinada concessão de serviço público, permitindo arranjos que viabilizam a concessão de serviços públicos gratuitos para os usuários, como alguns serviços públicos sociais (saúde e educação, por exemplo).

Em primeiro lugar porque a Constituição Federal, em seu artigo 175, não estabelece qualquer espécie de limite à forma de remuneração do concessionário no conceito de concessão de serviço público. Em segundo lugar porque a Lei de Concessões (Lei n. 8.987/95), em especial em seu artigo 2º, também não estabelece este tipo de limitação, quedando silente quanto à forma de remuneração do serviço para que seja considerado concessão.

---

[328] MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 18ª ed. São Paulo : Malheiros, 2005, pp. 659-660, destaques no original.

[329] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 56. Em outra passagem a autora confirma seu entendimento, abordando especificamente os serviços de saúde: "Conforme assinalado, a **descentralização por colaboração,** mediante concessão ou permissão, é inadequada para esse tipo de atividade, uma vez que, em ambas as modalidades, o concessionário e o permissionário são remunerados não pelo poder concedente, mas pelos usuários do serviço; sendo a saúde prestada gratuitamente, não há como utilizar esses institutos" (ibidem, p. 243, destaque no original).

[330] VIOLIN, Tarso Cabral. A terceirização ou concessão de serviços públicos sociais. A privatização de creches municipais. **Jus Navigandi.** Disponível na Internet: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3515>. Acesso em: 06 abr. 2010.

> Bem se vê, porém, que, nem na Constituição, nem na Lei, há referência que autorize dizer que a forma de remuneração ou investimento seja elemento intrínseco ao regime de concessão. Tampouco das definições constantes do direito positivo pode-se extrair a conclusão ora e vez abraçada pela doutrina de que seja essencial para termos uma concessão que a remuneração do concessionário esteja ligada à exploração do serviço mediante cobrança de tarifa.[331]

Os argumentos da doutrina para sustentar esta necessidade de cobrança de tarifa pelo concessionário se resumem, conforme Floriano de Azevedo Marques Neto, em três linhas:

> i) primeira que a cobrança de tarifa do usuário seria intrínseca ao regime de concessão; ii) segunda que a não oneração do usuário e conseqüente assunção do pagamento pelo poder público elidiria a margem de risco inerente ao instituto; iii) terceira que a não cobrança desnaturaria o caráter de exploração do serviço.[332]

Quanto ao primeiro argumento, no sentido de que a tarifa seria intrínseca ao regime de concessão, como dissemos anteriormente nem a Constituição Federal nem a Lei de Concessões exige a cobrança de tarifa diretamente do usuário. Além disso, o já citado exemplo dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, previstos no artigo 223 da Constituição Federal, auxilia na derrocada desta idéia. Se a própria Constituição prevê hipótese de concessão sem cobrança de tarifa dos usuários, como é o caso da radiodifusão, dizer que a tarifa é pressuposto da concessão seria excetuar este dispositivo constitucional. Além disso, o artigo 11, da Lei n. 8.987/95, é expresso em permitir a existência de outras fontes de receita, para além das tarifas, no regime de concessões. Vem assim o dispositivo:

> Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

---

[331] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JUNIOR, Luiz Guilherme Costa (coord.). **Direito público:** estudos em homenagem ao Professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte : Del Rey, 2004, p. 345. Ainda neste sentido: "o facto de a remuneração pelos utentes ou da assunção de um risco pelo concessionário serem eventualmente normais no regime da concessão não exclui a natureza concessória do contrato em que a Administração assume o dever de remunerar, total ou parcialmente, o concessionário, nem mesmo o contrato em que ela assume a álea econômico-financeira inerente à gestão do serviço; para que possa falar-se de 'concessão de um serviço público', essencial é que a gestão (autônoma) do serviço seja transferida para o concessionário por um acto constitutivo de uma relação jurídica administrativa" (GONÇALVES, Pedro. **A concessão de serviços públicos.** Coimbra : Almedina, 1999, pp. 145-146).

[332] MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Ibidem, p. 344.

A própria justificativa da norma é assaz esclarecedora: *no atendimento às peculiaridades de cada serviço público.* Ora, a lei reconhece que há serviços públicos em que a tarifa é essencial e outros em que a tarifa se torna um empecilho. Para estes casos existe a autorização legal da criação de arranjos contratuais – autorizados por lei – que prevejam outras hipóteses de remuneração do serviço concedido. E não há óbice legal algum a que estas outras fontes de receita acabem por excluir o regime de pagamento de tarifas pelos usuários.[333] Há serviços públicos em que, por expressa determinação legal ou por características próprias, não admitem a cobrança de tarifas. Nestes casos o concessionário será remunerado por outras fontes. Voltamos à carga com os serviços públicos de radiodifusão, em que os concessionários são remunerados pela publicidade que divulgam, sem a cobrança de tarifa.

E desta exposição se observa que o terceiro argumento citado, de que a não cobrança de tarifa descaracterizaria a natureza de exploração do serviço, não se sustenta. O simples fato de, por exemplo, os concessionários de serviço de radiodifusão explorarem a atividade sem a cobrança de tarifa, confirma o raciocínio. O elemento inerente à concessão não é o pagamento de tarifa pelo usuário, mas a prestação do serviço público ao usuário e o componente negocial ínsito ao serviço público delegado, como quer que ele se concretize.

E o argumento de que a não cobrança de tarifa do usuário afastaria o risco inerente à atividade, beneficiando o concessionário, é de se dizer que o risco da atividade que caracteriza a concessão não se resume à inadimplência tarifária. Pelo contrário, talvez o menos dos riscos em algumas atividades seja a inadimplência tarifária, próxima de zero em atividades como a dos pedágios, por exemplo. Ocorre que os concessionários assumem todos os riscos do negócio, como a manutenção do patrimônio envolvido, a elevação de custos de atividade, etc.

> Pelo tudo que acima expus, não me parece existir argumento suficientemente forte para impedir que o poder público, no exercício de suas competências materiais, formule um modelo de concessão pelo qual o concessionário seja encarregado de prestar um serviço público, oferecendo-o diretamente aos indivíduos, mas remunerando-se não mediante a cobrança de tarifas diretamente destes usuários, mas por fontes alternativas. Dentre estas fontes alternativas pode, sim, estar o pagamento pelo Estado de um valor (inclusive com

[333] "O argumento de que a cobrança de tarifa haverá de ser obrigatória, pois as fontes alternativas de receita estão vinculadas à modicidade tarifária mostra-se frágil porquanto a mais módica das tarifas é exatamente aquela igual a zero. Exigir a cobrança simbólica apenas para dizer que a tarifa há de ser módica seria ferir o princípio da razoabilidade" (Ibidem, p. 347).

natureza tarifária) definido em lei, no edital ou no contrato por unidade de serviço utilizado.[334]

Temos, assim, que os serviços públicos sociais, mesmo aqueles cuja prestação deva se dar de forma integralmente gratuita como a saúde e a educação, podem ser objeto de concessão de serviço público, e o concessionário pode ser uma instituição sem fins lucrativos pertencente ao Terceiro Setor.

Os arranjos institucionais para isto devem encontrar soluções criativas com respaldo legal, que vão, em hipótese, desde a remuneração do concessionário pelo Poder Público[335] até a criação de dispositivo legal que atribua benefício tributário à entidade concessionária.[336]

As mesmas considerações aqui expendidas para as concessões de serviço público servem para as *concessões de serviço público precedida de obra pública* e para as *permissões de serviço público*, previstas respectivamente nos artigos 2º, III e IV, da Lei n. 8.987/95, embora sejam situações mais específicas que limitam – mas não impedem – a delegação a entidades do Terceiro Setor.

4.1.4 Parcerias público-privadas

---

[334] Ibidem, p. 349. Também neste sentido: “A Administração pode transferir a prestação de serviço público a terceiro, sob o mesmo regime jurídico da concessão, sem que sua remuneração guarde relação com o resultado da exploração do serviço” (PORTO NETO, Benedicto. **Concessão de serviço público no regime da Lei n. 8.987/95:** conceitos e princípios. São Paulo : Malheiros, 1998, p. 76).

[335] “A solução para o fornecimento de utilidades aos carentes, em hipóteses de serviços públicos concedidos, consiste na assunção pelo Estado da contribuição correspondente. Incumbirá ao Estado realizar a mediação entre a apropriação da riqueza dos que são titulares de capacidade contributiva e o pagamento ao concessionário da remuneração correspondente aos serviços ofertados aos destituídos de recursos. Tal poderá produzir-se diretamente, por meio da assunção por parte do Estado de subvenções destinadas a assegurar a viabilidade econômica da prestação do serviço público aos carentes. Mas também poderá dar-se de modo indireto, por meio de tarifas proporcionadas à capacidade contributiva, de modo que os titulares de maior riqueza arquem com parcela mais substancial dos custos necessários à manutenção de um serviço de abrangência universal” (JUSTEN FILHO, Marçal. As diversas configurações da concessão de serviço público. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE,** Belo Horizonte : Fórum, ano 1, n. 1, 2003, p. 132). Mario Engler Pinto Junior, embora concorde que a caracterização da concessão comum não exige a cobrança de tarifas dos usuários, entende pela impossibilidade de contrapartida pelo poder concedente: “É certo que a concessão comum não exige a cobrança de tarifa dos usuários, uma vez que toda a receita necessária para assegurar a viabilidade econômica do empreendimento pode ter origem em outras fontes privadas. Esse é justamente o caso da concessão de radiodifusão, em que o exercício da atividade é sustentado inteiramente por receitas de publicidade e propaganda. O fundamental para a caracterização da concessão comum é a ausência de contrapartida pecuniária por parte do poder concedente” (PINTO JUNIOR, Mario Engler. Parceria público-privada: antigas e novas modalidades contratuais. In: PAVANI, Sérgio Augusto Zampol; ANDRADE, Rogério Emílio de (coord.). **Parcerias público-privadas.** São Paulo : MP Editora, 2006, p. 65).

[336] Imagine-se, por exemplo, a concessão de serviço público que envolva a gestão de uma escola técnica federal, antecedida de lei autorizativa que exija que os concorrentes disponham de condições para, assumindo esta função educacional pública, preencher os requisitos para a obtenção do Certificado Ministerial previsto na Lei n. 12.101, de 27 de novembro de 2009.

Ainda na esteira das concessões – portanto dos contratos da Administração Pública –, mas tratadas de forma apartada em virtude de sua instituição posterior por Lei específica (Lei n. 11.079/2004), mister a análise do regime aplicável às chamadas *parcerias público-privadas* e a sua aproximação das atividades desenvolvidas pelo Terceiro Setor, com vistas a verificar a pertinência de sua utilização como instrumento de parceria com a Administração Pública.

Referida Lei n. 11.079/2004, nos termos do seu artigo 1º, institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública[337], apresentando definição para o termo parcerias público-privadas em seu artigo 2º: "Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa".

Instituiu, portanto, duas novas modalidades de concessão de serviços públicos, a *concessão patrocinada* e a *concessão administrativa,* diversas daquelas *concessões de serviço público ordinárias, comuns ou tradicionais*[338] regulamentadas pela analisada Lei n. 8.987/95[339].

a) Concessão patrocinada

Nos termos do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 11.079/2004, "concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado".

Afirma-se, por conta desta definição legal, que em relação às concessões patrocinadas

---

[337] "Art. 1º Esta Lei institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Esta Lei se aplica aos órgãos da Administração Pública direta, aos fundos especiais, às autarquias, às fundações públicas, às empresas públicas, às sociedades de economia mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios".

[338] Expressões apontadas por Maria Sylvia Zanella Di Pietro (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 82) como utilizadas para diferenciar os novos institutos daqueles tradicionais. Encontra-se, ainda, remissão ao termo *concessões típicas* para as concessões comuns: cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,** Salvador : IBPB, n. 2, mai.-jun.-jul. 2005, p. 3. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 19 mar. 2007.

[339] O artigo 2º, § 3º, da Lei n. 11.079/2004, aliás, é expresso em diferençar os institutos: "Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado".

> a sua única diferença para as concessões comuns é, portanto, que nessa a amortização dos investimentos privados é feita, ao menos em linha de princípio, integralmente pelas tarifas pagas pelos usuários, enquanto na concessão patrocinada a amortização é feita ao mesmo tempo com tarifas e verbas do próprio Erário.[340]

No entanto, como dissemos no tópico anterior o regime jurídico da *concessão comum* previsto na Lei n. 8.987/95 já permite a formulação de arranjos concessórios em que a tarifa não é elemento essencial, donde se conclui que a diferenciação entre o regime da *concessão comum* e o regime da *concessão patrocinada* não pode se dar pela forma da remuneração.[341] Dizer que se configura a *concessão patrocinada* pela remuneração do concessionário não somente pela tarifa paga pelo usuário mas com subsídios do concedente seria desconsiderar esta hipótese no regime da *concessão comum,* com o que não concordamos.

Como bem observa Marçal Justen Filho sobre o tema,

> a Lei n. 8.987 não pretendia impedir a realização de valores consagrados constitucionalmente. A temática da colaboração estatal para a remuneração do concessionário tem de ser interpretada em face desses princípios constitucionais fundamentais. Bem por isso, será vedada a subvenção quando configurara uma forma de benefício injustificado para o concessionário. Não se admite, em face da própria Constituição, é o concessionário receber benesses do poder concedente, com pagamentos destinados a eliminar de modo absoluto o risco intrínseco e inafastável. Mas não haverá inconstitucionalidade quando a contribuição estatal for instrumento para assegurar a

---

[340] ARAGÃO, Alexandre. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,** Salvador : IDPB, n. 2, mai.-jun.-jul. 2005, p. 6. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 19 mar. 2007.

[341] "Uma segunda acepção aproximaria a parceria público-privada do ajuste entre Administração e particular, com vistas à consecução de um empreendimento (bem, atividade ou utilidade) de interesse público que não fosse remunerado, de forma integral, nem pelos usuários, nem pelos recursos orçamentários. Seriam, neste sentido, as parcerias, espécies de contratações que envolvessem modelos de remuneração distintos dos modelos 'puros' da empreitada e da concessão de serviços públicos. Neste sentido, o traço essencial das parcerias seria a sua estrutura em torno de um mix de recursos para a remuneração do parceiro privado. Dentro das parcerias estariam todos os empreendimentos cometidos à iniciativa privada que não fossem remunerados com recursos advindos de investimentos públicos puros (ou seja, aqueles que são remunerados à conta de verbas de investimento previstas no orçamento), nem que fossem objeto de remuneração integral à conta de tarifa paga diretamente pelos usuários do bem ou serviço. Embora essa acepção pudesse servir para abranger parte das aplicações de parcerias que se tem em vista, ela se mostra conceitualmente falha. Modelos de remuneração mista (não exclusivamente tarifário) já se encontram previstos – como hipótese – na Lei de Concessões (Lei Federal n. 8.987/95). De fato, o artigo 11 da lei prevê a hipótese de, dentro das receitas ancilares, estarem previstas – para atingir a modicidade tarifária (v.g. menor carga sobre o usuário do serviço) – receitas acessórias, alternativas de projetos associados ou complementares (o que, a meu ver, autorizaria o arranjo de estruturas tarifárias com pagamento integral ou parcial, alternativo ou complementar, pelo poder público, do valor de tarifa que deixaria de ser cobrado diretamente do usuário). Segue daí que, conceituar parceria público-privado pelo arranjo da remuneração do particular, também não se mostra útil" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As parcerias público-privadas no saneamento ambiental. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,** Salvador : IDPB, n. 2, mai.-jun.-jul. 2005, p. 5. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 19 de março de 2007).

> modicidade da tarifa, valor fundamental para o cumprimento das destinações do serviço público, ou a realização das funções estatais inerentes à persecução do interesse coletivo.[342]

Pode-se dizer, portanto, que a criação das *concessões patrocinadas* pela Lei n. 11.079, em princípio, não se justifica pelo só fato de esta espécie de arranjo permitir a remuneração do concessionário para além do regime tarifário. Diz-se *em princípio* porque embora esta possibilidade, como dito, existisse no regime das *concessões comuns,* "as discussões eram tantas que muitos agentes públicos e privados não tinham segurança suficiente para celebrar delegações de serviços públicos com essa modelagem mais 'criativa', com alguma espécie de apoio financeiro direto do Poder Público".[343]

Efetivamente os instrumentos da *concessão comum* e da *concessão patrocinada* são bastante parecidos, sendo conceitualmente instrumentos contratuais postos à disposição da Administração Pública para que delegue a execução de serviços públicos à iniciativa privada, em nome próprio, mediante remuneração. Tanto é assim que o artigo 3º, § 1º, da Lei n. 11.079/2004, é expresso em fazer aplicar a Lei das Concessões subsidiariamente às *concessões patrocinadas.*[344]

Os pontos comuns entre a *concessão comum* e a *concessão patrocinada* são muitos, a justificar o regime híbrido aplicado a esta (conjugação da Lei n. 11.079/2004 com a Lei n. 8.987/95). Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta estas convergências, apresentando elenco específico e dizendo que,

> mencionando especificamente a Lei n. 8.987/95, aplicam-se à concessão patrocinada as normas referentes a:
> a. direitos e obrigações dos usuários (art. 7º);
> b. política tarifária (arts. 9º a 13), no que couber;
> c. cláusulas essenciais dos contrato (art. 23), o que não contrariarem os incisos do artigo 5º da Lei n. 11.079;
> d. encargos do poder concedente (art. 29);
> e. encargos do concessionário (art. 31);
> f. intervenção (arts. 32 a 34);
> g. responsabilidade por prejuízos causados ao poder concedente e a terceiros (art. 25, *caput*);
> h. subcontratação (art. 25, §§ 1º a 3º);

---

[342] JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público.** São Paulo : Dialética, 2003, p. 93.

[343] ARAGÃO, Alexandre. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,** Salvador : IDPB, n. 2, mai.-jun.-jul. 2005, pp. 8-9. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 19 mar. 2007.

[344] "Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995. § 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas".

i. subconcessão (art. 26);
j. transferência da concessão (art. 27), com as restrições contidas no artigo 9º da Lei n. 11.079 quanto à transferência de controle acionário;
k. formas de extinção, abrangendo advento do termo, encampação, caducidade, rescisão ou anulação (arts. 35 a 39);
l. reversão (art. 36);
m. licitação (arts. 15, §§ 3º a 4º, 18, 19 e 21), no que não contrariar as normas dos artigos 11 a 13 da lei n. 11.079;
n. controle da concessionária (art. 30 da Lei n. 8.987/95, e arts. 31 e 36 da lei n. 9.074/95).[345]

Prestam-se a finalidades bastante similares e são regidas por regimes jurídicos muito parecidos, sobretudo pela apropriação parcial das normas da Lei de Concessões pelas *concessões patrocinadas*. Porém, os regimes jurídicos são diversos, o que implica dizer que são institutos diversos. É o que se extrai do mesmo artigo 3º, da Lei n. 11.079/2004, desta feita em seu § 2º: "§ 2º As concessões comuns continuam regidas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto nesta Lei". As *concessões comuns,* ao contrário das *concessões patrocinadas,* não são regidas por regime jurídico híbrido; continuam sob a égide exclusivamente da Lei n. 8.987/95, o que determina distinções bastante importantes entre os institutos.

Estas diferenças existem em diversos pontos capitais, que novamente com base na doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro[346] trazemos à colação:

a) remuneração: como já dissemos, a doutrina costuma defender que uma das distinções entre o regime de *concessão comum* e o regime de *concessão patrocinada* seria a possibilidade, nesta, de conjugar a cobrança de tarifas dos usuários com a contraprestação do parceiro público ao privado. Já dissemos que não consideramos esta hipótese uma diferença, haja vista a *concessão comum,* em casos especiais, permitir este arranjo. Mas pode-se dizer que o regime da *concessão patrocinada* trouxe maior liberdade à utilização desta possibilidade, que em determinados casos pode ser o diferencial entre a Administração Pública optar pelo regime jurídico da *concessão patrocinada* ao invés do regime jurídico da *concessão comum.*

b) sociedade de propósitos específicos: o regime de *concessão patrocinada* (artigo 9º da lei) exige a constituição de sociedade de propósitos específicos para gerir o projeto de parceria.

---

[345] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, pp. 163-164.
[346] Ibidem, p. 164.

c) garantias: a lei das PPP prevê a possibilidade de a Administração Pública prestar garantias (artigos 5º, VI, e 8º), ao parceiro privado, do cumprimento de suas obrigações assumidas na parceria.

d) riscos e ganhos compartilhados: o contrato deve prever a divisão de riscos entre os parceiros público e privado (artigo 5º, III), assim como dos ganhos econômicos decorrentes da redução do risco de créditos dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado (artigo 5º, IX).

e) normas de licitação: as *concessões patrocinadas* estão sujeitas a normas específicas de licitação (artigos 11 a 13), que derrogam parcialmente as normas das Leis n. 8.987/95 e 8.666/93.

f) aplicação de penalidades à Administração Pública: a Lei n. 11.079/2004 prevê a possibilidade de penalizar a Administração Pública em caso de inadimplemento contratual (artigo 5º, II), fixadas em contrato e proporcionalmente ao gravame.

g) limite de prazo da concessão: os contratos de *concessão patrocinada* não poderão ser fixados por prazo inferior a 5 (cinco) e superior a 35 (trinta e cinco) anos (artigo 5º, I).

h) limite de despesa: a Lei n. 11.079/2004 prevê limitação de despesas da União, Estados, Distrito Federal e Municípios com contratos de parcerias público-privadas (artigos 22 e 28).

i) valor mínimo do contrato: só será admitida a assinatura de contrato de *concessão patrocinada* se o seu valor for superior a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), conforme artigo 2º, § 4º, I, da Lei n. 11.079/2004.

Estas, entre outras porventura existentes, são diferenças entre os regimes jurídicos que se tornam cruciais quando da opção da Administração Pública por uma ou outra forma de delegação.

Determinadas situações não permitirão a contratação pelo regime jurídico da *concessão patrocinada* em virtude de o valor do contrato ser inferior ao mínimo legal; em outros casos, o prazo da concessão pretendido será inferior a 5 (cinco) anos ou superior a 35 (trinta e cinco), impedindo a *concessão patrocinada.* Em hipóteses como estas, à Administração Pública ainda haverá a possibilidade de invocação do regime da *concessão comum,* regulada pela Lei n. 8.987/95, se for de seu interesse.

Por outro lado, é possível que determinados serviços exijam a formatação de arranjo institucional bastante flexível quanto à remuneração do concessionário, sendo

preferível a aplicação do regime de *concessão patrocinada.* Enfim, são regimes jurídicos distintos a serem aplicados caso a caso.[347]

b) Concessão administrativa

Nos termos do artigo 2º, § 2º, da Lei n. 11.079/2004, "concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens", donde se extrai a existência de dois tipos de *concessão administrativa*: i) a *concessão administrativa de serviço público,* em que o concessionário prestará serviço público aos usuários sem a cobrança de tarifa, sendo remunerado exclusivamente pela Administração Pública, usuária indireta dos serviços; e ii) a *concessão administrativa de serviços ao Estado,* em que o concessionário prestará serviços diretamente à Administração Pública.[348]

Observa-se que, fundamentalmente, as *concessões administrativas de serviços públicos* diferem das *concessões patrocinadas* pelo fato de nestas haver parcela de remuneração por tarifa necessariamente; as *concessões administrativas de serviços ao Estado,* por sua vez, diferem das *concessões patrocinadas* quanto ao objeto e quanto à remuneração tarifária nestas existente.

Característica inerente às *concessões administrativas,* portanto, é a ausência de remuneração tarifária do concessionário, que será remunerado pela Administração Pública; como define Paulo Modesto, é "uma espécie de **contrato de risco** de que a Administração Pública seja a 'usuária direta ou indireta', cumulado ou não com contrato de **concessão de uso de bem público ou de obra pública**".[349]

---

[347] "Conforme se verá, essas características nem sempre servem para distinguir, de forma absoluta, a concessão de serviços públicos tradicional e a concessão patrocinada. Por isso, é possível afirmar que a distinção não é propriamente conceitual, mas de regime jurídico, que parcialmente diverso" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 164).

[348] Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: _____. **Parcerias público-privadas.** São Paulo : Malheiros, 2005, pp. 29-30. Gustavo Binenbojm adota esta classificação em BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPs) e a Constituição. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,** Salvador : IDPB, n. 2, mai.-jun.-jul. 2005, p. 4. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 19 mar. 2007. Maria Sylvia Zanella Di Pietro apresenta objetos diferentes para as concessões administrativas: execução material de atividade ou gestão de serviço público (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ibidem, p. 168).

[349] MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,** Salvador : Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, mai.-jun.-jul. 2005, p. 34. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 08 mar. 2010.

Destina-se exatamente aos casos em que não seja possível ou conveniente a cobrança de tarifas, o que ocorre em diversas situações.

> Nos serviços prestados pelo Estado não é possível, frequentemente, reclamar contrapartidas dos usuários. Em algumas hipóteses, há previsão constitucional de gratuidade na prestação dos serviços, como ocorre na prestação de serviços de saúde (art. 198, § 1º, CF) e de ensino (art. 206, IV, CF). Em outras situações, há decisão política de não onerar os usuários do seviço ou da obra pública (por exemplo, as concessões de rodovias com 'pedágio-sombra', mecanismo pelo qual o Poder Público remunera o concessionário segundo uma estimativa de utilização, não havendo pagamento de pedágio pelo usuário direto do serviço).[350]

Materialmente, a lei impede a formatação de *concessão administrativa* que tenha "como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública" (artigo 2º, § 4º, III), hipóteses que estariam sujeitas ao regime da Lei n. 8.666/93. Seu objeto, em verdade, "é a terceirização da gestão do serviço, podendo ou não envolver obra, fornecimento e instalação de bens".[351] Pressuposto necessário à concessão administrativa, portanto, é a *autonomia empresarial*[352], uma das características que a afasta do regime de mera empreitada de obra ou serviço.

c) As parcerias público-privadas e o Terceiro Setor

---

[350] Ibidem, p. 38. Para outros exemplos: "Assim podemos enumerar, sem pretensão exauriente, as seguintes espécies de atividades que podem ser objeto da concessão administrativa: *(1)* serviços públicos econômicos em relação aos quais o Estado decida não cobrar tarifa alguma dos usuários (ex., rodovia em uma região muito pobre); *(2)* serviços públicos sociais, como a educação, a saúde e a cultura e o lazer em geral, que também podem ser prestados livremente pela iniciativa privada. Lembremos, por exemplo, de algumas experiências já vividas em algumas entidades da federação de 'terceirização' da administração de hospitais públicos; *(3)* atividades preparatórias ou de apoio ao exercício do poder de polícia, que, em si, é indelegável à iniciativa privada, nos termos aliás também expressamente estabelecidos no art. 4º, III, da Lei n. 11.079/04. Seriam os casos da hotelaria em presídios, da colocação de pardais eletrônicos em vias públicas, prestação de serviços de reboque para remoção de veículos estacionados irregularmente, etc.; *(4)* Atividades internas da Administração Pública, em que o próprio EStado, aí incluindo os seus servidores, é o único beneficiário do serviço (ex., construção e operação de uma rede de creches ou restaurantes para os servidores públicos, construção e operação de um centro de estudos sobre a gestão administrativa para elaboração de projetos para a maior eficiência do Estado, etc.)". (ARAGÃO, Alexandre. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,** Salvador : IDPB, n. 2, mai.-jun.-jul. 2005, p. 14. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 19 mar. 2007).

[351] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 169.

[352] "A concessão administrativa, enquanto delegação da gestão de determinada infra-estrutura administrativa deve, em primeiro lugar, assegurar ao concessionário autonomia empresarial no desenvolvimento da atividade, podendo definir a maior parte dos meios que julga aptos a alcançar os objetivos estabelecidos contratualmente. Essa autonomia de gestão decorre inclusive da vedação de as parcerias público-privadas se dirigirem unicamente ao fornecimento de mão-de-obra, ao fornecimento e instalação de equipamentos ou à execução de obra pública (art. 2º, § 4º, III, Lei n. 11.079/2004)" (ARAGÃO, Alexandre. Op. cit., p. 16).

Do quanto exposto brevemente sobre as formas possíveis de *parcerias público-privadas* previstas na Lei n. 11.079/2004, pode-se afirmar sem medo de errar que a *concessão administrativa,* pela característica específica da ausência de tarifa, tem aplicação inconteste às atividades relacionadas ao Terceiro Setor. Aliás, a doutrina enfatiza bastante esta característica.

Alexandre Aragão aponta que "especialmente em relação aos serviços públicos sociais ou culturais, as concessões administrativas revelam um grande espaço por elas deixado para a cooperação entre o Poder Público e as entidades privadas, inclusive sem fins lucrativos – o chamado terceiro setor".[353] Maria Sylvia Zanella Di Pietro, ao analisar o objeto possível das *concessões administrativas,* entende que "só poderá ser serviço administrativo (atividade-meio) ou serviço social não exclusivo do Estado"[354], demonstrando o vasto âmbito de aplicação às atividades do Terceiro Setor.

Bons exemplos de aplicação da *concessão administrativa* em áreas afetas à atividade do Terceiro Setor vêm da saúde e da educação, haja vista a previsão constitucional de gratuidade destes serviços quando prestados pelo Estado (artigos 198, § 1º, e 206, IV, da Constituição Federal, respectivamente). Esta exigência de gratuidade repercute na impossibilidade de cobrança de tarifa pelo delegatário, aproximando o conceito de *concessão administrativa.*

Embora as parcerias público-privadas se destinem à formação de contratos materialmente complexos, especialmente pela limitação de valor mínimo ser bastante expressiva, não se afasta a possibilidade de sua utilização para a formação de parcerias entre a Administração Pública e o Terceiro Setor.

Pode-se imaginar, por exemplo, um contrato de *concessão administrativa* entre a União Federal e entidade educacional sem fins lucrativos, tendo por objeto a reforma de complexo de escola técnica federal que inclui laboratórios, salas de aula, complexo administrativo, etc., e a posterior gestão desta escola técnica por esta entidade pelo prazo de 10 (dez) anos, variando a sua remuneração de acordo com a diminuição dos índices de evasão, com o aumento do índice de aprovação dos alunos nos vestibulares de faculdades públicas, com o aumento dos índices de concorrência para ingresso na escola técnica, etc. Poderia se inserir no contrato contrapartida relacionada a benefícios tributários, como a permissão expressa de contabilizar os alunos atendidos na escola técnica federal como bolsas de estudo para fins de gratuidade, de modo a utilizar esta atuação em seu índice de

---

[353] Ibidem, p. 14.
[354] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 169.

obtenção do Certificado do Ministério da Educação previsto na Lei n. 12.101/2009, requisito para a fruição da "isenção"[355] a contribuição para a seguridade social.

Na área da saúde, Paulo Modesto apresenta exemplo que considera

> a hipótese da União Federal pretender a instalação de um hospital para atendimento gratuito e especializado a portadores de cardiopatias em um Município carente. Não dispondo a União de recursos orçamentários para a construção e operação de um novo hospital no referido município, nem havendo auto sustentabilidade econômica do projeto, pela incerteza da demanda e pelo caráter gratuito do atendimento, nem sendo possível a aquisição direta do serviço através de hospital privados, por ausência de prestadores locais, pode-se cogitar a utilização do modelo da "concessão administrativa", remunerando-se o concessionário que assuma a construção e operação do novo hospital mediante a previsão contratual de um **percentual de acréscimo** aplicável sobre a tabela geral de procedimentos do SUS ou de uma **estimativa de utilização mínima** de procedimentos médicos. Em contrapartida aos investimentos e obras exigidas para a construção do hospital, para aquisição das instalações e manutenção dos serviços, além da remuneração paga a todo empreendedor proprietário de hospital credenciado junto ao SUS, o Poder Público asseguraria ao concessionário uma **remuneração estimada (de forma semelhante ao pedágio-sombra)** ou aplicaria sobre a **efetiva utilização** de usuários um percentual adicional sobre a tabela de procedimentos padrões do sistema único de saúde, com vistas à formação da parceria público-privada. O usuário não seria onerado com o custo de procedimentos médicos, o Estado não precisaria arcar imediatamente com o investimento de implantação do serviço e a amortização do capital privado investido ocorreria ao longo do tempo, assumindo o parceiro privado os riscos econômicos de demanda (maior ou menor quantidade de usuários) e outros que lhe sejam assinalados no vínculo que firmar com a Administração.[356]

---

[355] Sobre este tema polêmico, cf. SOUZA, Leandro Marins de. **Tributação do terceiro setor no Brasil.** São Paulo : Dialética, 2004.

[356] MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público-privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico,** Salvador : Instituto de Direito Público da Bahia, n. 2, mai.-jun.-jul. 2005, pp. 38-39. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 08 mar. 2010. Este exemplo da utilização de *concessões administrativas* na área da saúde, aliás, já se transforma em realidade: "Está em fase final a licitação para operação via parceria público-privada do Hospital do Subúrbio, em Salvador. Trata-se do primeiro projeto já modelado do país a propor a delegação, em regime de concessão, da gestão de hospitais públicos ao setor privado. Essa iniciativa demonstra que as opções para o poder público na prestação de serviços de atenção à saúde, anteriormente restritas à assunção direta e à gestão por meio de Organizações Sociais (OS's), ampliaram-se de forma significativa. O projeto prevê a responsabilidade integral do concessionário, pelo prazo de dez anos, da gestão e operação da unidade hospitalar, inclusive quanto à prestação de serviços clínicos, aquisição, manutenção e reposição de equipamentos médico-hospitalares, prestação de serviços de apoio (limpeza, segurança, lavanderia, *catering*, dentre outros), bem como, pela contratação e remuneração de pessoal. Há, ainda, a obrigação de atendimento aos parâmetros e diretrizes da Política Nacional de Humanização (HUMANIZASUS), presentes nas obrigações do concessionário e nos indicadores de seu desempenho. Busca-se, assim, maior eficiência na concretização desta Política, ainda incipiente na maioria das unidades hospitalares do país" (CYMBALISTA, Tatiana Matiello; LOUREIRO, Caio de Souza; NASCIMENTO, Mariana Chiesa Gouveia. **A operação de hospitais por meio de PPP's:** nova fronteira na prestação dos serviços de atenção à saúde. Disponível na Internet: <http://www.manesco.com.br/website/portugues/litteraExpress/default.asp?ltxCode=D51237EA-2B18-4DAE-B2B5-8DCD7F9CD704>. Acesso em: 20 de março de 2010). Oportuno esclarecer que, ao que tudo indica, a concessão será executada por um consórcio de empresas, portanto não por entidades do Terceiro Setor.

Observa-se que a área de atuação do Terceiro Setor é propícia a este tipo de arranjo. Na área cultural, por exemplo, é possível a *concessão administrativa* para a reforma do centro histórico de determinada cidade, tombado pelo patrimônio histórico, com a previsão de instalação de um museu e um teatro municipal em seus prédios, que ficariam sob administração da entidade cultural executante das reformas por determinado prazo. Sem prejuízo, aliás, neste como nos outros exemplos, de "receitas complementares, acessórias, alternativas ou decorrentes de projetos associados, até porque o inciso V do artigo 6º, ao falar em 'outros meios admitidos em lei', deixa claro que a indicação das formas de contraprestação não é taxativa".[357] Trazendo a idéia para este exemplo, a entidade executora do projeto poderia buscar patrocínio de parceiros privados que dessem nome à sala do teatro, ou mesmo explorar a loja do museu...

Migrando da *concessão administrativa* para aproveitarmos o ensejo do exemplo na área cultural, insta dizer que mesmo *concessões patrocinadas* são possíveis entre a Administração Pública e o Terceiro Setor. A gestão de um museu municipal, inserida nos *serviços públicos sociais* quando prestada pelo Estado, é exemplo disso. Não há obrigatoriedade de gratuidade na administração de um museu público, podendo o próprio Poder Público – e o faz – cobrar ingresso dos visitantes. Permite-se, assim a configuração de uma *concessão patrocinada* em que o parceiro privado será remunerado pela tarifa de visitação do museu, pela contraprestação estatal e por receitas acessórias.

Pode-se dizer, portanto, que "o regime jurídico das PPPs não limita de plano a eventual participação das figuras amplamente incluídas no espectro das pessoas jurídicas de direito privado, como as organizações do *terceiro setor"*.[358]

4.1.5 Licitação pública

Embora não se inclua em uma das espécies de contratos da Administração Pública, justifica-se a inclusão deste tópico na medida em que o procedimento licitatório é exigido como regra geral a todas as contratações da Administração Pública Direta, Indireta, Fundos Especiais e entidades controladas pelas pessoas políticas em todos os níveis.

Esta exigência de fundamento constitucional se aplica tanto à contratação de *obras, serviços, compras e alienações*[359], como às *concessões e permissões de serviço público*[360],

[357] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 169.
[358] REGULES, Luis Eduardo Patrone. **Terceiro setor:** regime jurídico das OSCIPs. São Paulo : Método, 2006, p. 135.

tendo sido regulamentada pela Lei n. 8.666/93, que em seus dispositivos iniciais estabelece o seguinte:

> Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.
> Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Em especial para as *concessões e permissões de serviço público,* a Lei n. 8.987/95 que as regulamenta é expressa em exigir a licitação, em seu artigo 14 fazendo expressa menção de que será realizada *nos termos da legislação própria,* ou seja, pelo regime da Lei n. 8.666/93.[361] O artigo 2º, incisos II e III, porém, específica a modalidade da *concorrência* para as *concessões* e, somado ao artigo 40, às *permissões.*[362]

Além disso, a Lei n. 11.079/2004, que instituiu as *parcerias público-privadas,* também prevê a aplicação da licitação na modalidade da *concorrência* para as concessões patrocinada e administrativa, nos seguintes termos: “Art. 10. A contratação de parceria

---

[359] Constituição Federal de 1988: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

[360] Constituição Federal de 1988: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

[361] Lei n. 8.987/95: “Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório”.

[362] Lei n. 8.987/95: “Art. 2º. Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado. (...) Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente. Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei”. Sobre outras hipóteses específicas de licitação para concessão, cf. Leis n. 9.074/95, 9.427/96 e 9.472/96.

público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a: (...)". Prevê procedimento licitatório específico mas que não afasta a aplicação do regime da Lei n. 8666/93[363], inclusive porque o artigo 12 prevê a aplicação do procedimento vigente sobre licitações e contratos administrativos.[364]

Regra geral, portanto, para os contratos da Administração Pública abordados, é a exigência de a escolha do contratado se submeter ao processo licitatório, cada qual com sua especificidade mas todos os casos sujeitos ao regime geral da Lei n. 8.666/93. Sujeitos, inclusive, às hipóteses de contratação direta, em que "a licitação é impossível ou em que sua realização seria incompatível com a satisfação das necessidades coletivas".[365]

Não é diferente com as hipóteses de contratação entre a Administração Pública e o Terceiro Setor: a regra geral, nestes casos, é a submissão ao regime de seleção por licitação pública, salvo as hipóteses de contratação direta, como a dispensa e a inexigibilidade de licitação.[366]

Interessa, neste ponto, identificar na Lei de Licitações as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação relacionadas a atividades próprias de entidades do Terceiro Setor, o que não significa dizer absolutamente que as demais hipóteses não se aplicam a eventual contratação da Administração Pública com o Terceiro Setor[367]. Mas não sendo especificamente vinculadas às atividades destas entidades, deixaremos de abordá-las.

---

[363] "Além disso, aplica-se também subsidiariamente, em tudo o que não contraria suas leis de regência, a Lei n. 8.666, de 21-6-93, por força do que dispõe seu artigo 124. Assim, os casos omissos na legislação específica podem ser resolvidos, no que for compatível, pela aplicação da lei de licitações, com as alterações decorrentes das Leis n. 8.883, de 6-7-94, e 9.648, de 7-7-95. Em matéria de licitação, o artigo 12 da Lei n. 11.079 expressamente estabelece que o certame obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 87).

[364] "Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte."

[365] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 351. Sobre as contratações diretas afirma o autor: "A Constituição acolheu a presunção de que prévia licitação produz a melhor contratação – entendida como aquela que assegura a maior vantagem possível à Administração Pública, com observância do princípio da isonomia. Mas a própria Constituição se encarregou de limitar tal presunção, facultando contratação direta (sem licitação) nos casos previstos em lei" (Ibidem, p. 350).

[366] "A chamada 'contratação direta' – aquela não precedida de um procedimento licitatório formal – não significa ausência de respeito aos princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes" (Ibidem, p. 351).

[367] Podemos imaginar uma hipótese com fundamento no artigo 24, IV, da Lei n. 8.666/93, que prevê dispensa de licitação em casos de emergência ou calamidade pública. Neste caso, a Administração Pública poderá contratar com fundamento em dispensa de licitação uma entidade sem fins lucrativos ou uma empresa, devidamente justificado. Mas só indiretamente se conclui pela possibilidade de participação de entidade do

Há casos de dispensa e inexigibilidade de licitação relacionados diretamente com atividades desenvolvidas por entidades privadas sem fins lucrativos no chamado *espaço de participação* do Terceiro Setor.

É de se lembrar, no entanto, que as situações de dispensa e de inexigibilidade de licitação são exceções de cuja regra é a realização de licitação. Isto significa dizer que tais hipóteses não estão no campo da discricionariedade administrativa, mas sujeitas ao enquadramento legal apropriado e ao procedimento próprio destinado a estas situações.

> A contratação direta não significa que são inaplicáveis os princípios básicos que orientam a atuação administrativa. Nem se caracteriza uma livre atuação administrativa. Nem se caracteriza uma livre atuação administrativa. O administrador está obrigado a seguir um procedimento administrativo determinado, destinado a assegurar (ainda nesses casos) a prevalência dos princípios jurídicos fundamentais. Permanece o dever de realizar a melhor contratação possível, dando tratamento igualitário a todos os possíveis contratantes.[368]

A conclusão pela dispensa ou pela inexigibilidade de licitação – salvo casos em que a urgência não permita realmente[369] – deve ser precedida dos procedimentos iniciais normalmente adotados nos casos de licitação. Desde a definição da necessidade que dá ensejo à contratação, passando pela elaboração de projetos[370], análise orçamentária, etc., somente no momento da realização da contratação é que a Administração Pública, verificando a hipótese legal de dispensa ou inexigibilidade, invocará a exceção para não levar a cabo o procedimento licitatório. Mesmo assim deverá justificar a opção e dar continuidade a procedimento próprio aplicável a casos de dispensa e inexigibilidade.

Exige-se, por exemplo, em determinadas hipóteses, ratificação da autoridade superior e publicação em prazo determinado como condição de sua eficácia, além de instrução processual com elementos de motivação do ato administrativo pela escolha da "modalidade" de contratação direta:

Terceiro Setor nesta contratação, imaginando, por exemplo, uma necessidade ambulatorial emergencial que possa ser sanada por este tipo de entidade.

[368] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 14ª ed. São Paulo : Dialética, 2010, p. 295.

[369] "Somente em hipóteses-limite é que a Administração estaria autorizada a contratar sem o cumprimento dessas formalidades. Seriam aqueles casos de emergência tão grave que a demora, embora mínima, pusesse em risco a satisfação dos valores a cuja realização se orienta a atividade administrativa" (ibidem, p. 295).

[370] Veja-se, por exemplo, o conteúdo do artigo 7º, da Lei n. 8.666/93, em especial seu § 9º, que exige a elaboração de projetos mesmo nos casos de dispensa e inexigibilidade de licitação: "Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte seqüência: I - projeto básico; II - projeto executivo; III - execução das obras e serviços. (...) § 9º O disposto neste artigo aplica-se também, no que couber, aos casos de dispensa e de inexigibilidade de licitação".

Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e no inciso III e seguintes do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta Lei deverão ser comunicados, dentro de 3 (três) dias, à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de 5 (cinco) dias, como condição para a eficácia dos atos. Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:
I - caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;
II - razão da escolha do fornecedor ou executante;
III - justificativa do preço.
IV - documento de aprovação dos projetos de pesquisa aos quais os bens serão alocados.

As hipóteses de contratação direta também buscam a satisfação do interesse público, não se afastando dos postulados que orientam a realização das licitações. Diga-se, aliás, que salvo as hipóteses específicas de ausência de competição, mesmo as hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação estão sujeitas ao princípio da isonomia, o que significa dizer que em havendo possibilidade de competição para o objeto da contratação a Administração deverá levar isto em conta.[371] Vejamos, então, as hipóteses de dispensa e de inexigibilidade de licitação que aproveitam diretamente ao Terceiro Setor.[372]

a) Dispensas de licitação e o Terceiro Setor

As dispensas de licitação estão previstas nos artigos 17 e 24, da Lei n. 8.666/93[373]. São hipóteses em que o legislador entendeu pela inconveniência do procedimento

---

[371] Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 14ª ed. São Paulo : Dialética, 2010, p. 298.

[372] Paolo Michiara, analisando o regime jurídico italiano, entende que as entidades de natureza *voluntária* como as do Terceiro Setor não deveriam ser habilitadas a contratar com a Administração Pública para a prestação de serviços, por entender que desnaturaria a natureza voluntária da atividade: "O acordo deveria ser considerado, como acenado nos parágrafos concernentes à natureza jurídica dos acordos com o voluntariado, um instrumento de incentivo (a disciplina de um financiamento) e não um contrato de serviço. Em outro sentido estaria desnaturada a própria natureza do voluntariado (se deveria tratar de atividade espontânea e gratuita, não de uma prestação de serviços do tipo empresarial, objeto de contrato de serviço). Nesta perspectiva o voluntariado não deveria poder participar de concorrências relativas a contratos de serviço" (MICHIARA, Paolo. **Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore:** considerazione sulle procedure selettive a concorrenza limitata nell'ambito dei rapporti a collaborazione necessaria. Roma : Istituto Editoriale Regione Italiane S.R.L., 2005, p. 404). No original: "La convenzione dovrebbe essere considerata, come accenato nei paragrafi concernenti la natura giuridica delle convenzioni con il volontariato, uno strumento di incentivazione (il disciplinare di un finanziamento) e non un appalto di servizi. Diversamente argomentando verrebbe snaturata la natura stessa del volontariato (si dovrebbe trattare cioè di attività spontanea e gratuita, non di una prestazione di servizi di tipo imprenditoriale, oggetto appunto invece dell'appalto di servizi). In tale prospettiva il volontariato non dovrebbe poter partecipare a gare relative appunto a appalti di servizi".

[373] "Não há diferença real entre *dispensada* e *dispensável.* A diferença é a propósitos das hipóteses dos arts. 17 e 24, respectivamente, da Lei n. 8.666/93. Em ambos os casos, o legislador autoriza a contratação direta" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 354). Hely Lopes Meirelles prefere diferenciar as hipóteses: "A Lei 8.666, de 1993, assim como o Estatuto anterior,

licitatório em uma análise que sopesa as vantagens que traria ao Poder Público, verdadeira expressão do *princípio da proporcionalidade.*[374]

São situações em que, embora haja possibilidade de competição, a legislação optou por permitir à Administração Pública que não leve a efeito o procedimento licitatório, sob justificativas que podem ser denominadas

> a) em razão do **pequeno valor;**
> b) em razão de **situações excepcionais;**
> c) em razão do **objeto;**
> d) em razão da **pessoa.**[375]

Interessam para o presente trabalho, especialmente, as hipóteses de dispensa de licitação em razão do objeto e em razão da pessoa, haja vista permitirem a contratação direta de entidades do Terceiro Setor (seja em razão do seu objeto de atividade, seja em razão de sua personalidade jurídica), sempre que os requisitos para tanto permitirem.

a.1) Contratação de instituição brasileira de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou dedicada à recuperação social do preso (art. 24, XIII)

Em razão da pessoa é dispensável a licitação, conforme artigo 24, XIII,

> na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.

Segundo Evandro José da Silva Prado

---

estabeleceu nítida distinção entre licitação *dispensada* (art. 17, I e II), licitação *dispensável* (art. 24, I a XXIV) e licitação *inexigível* (art. 25, I a III)" (MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo.** 15ª ed. São Paulo : Malheiros, 2010, p. 141).

[374] Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 351.

[375] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 19ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 363. Marçal Justen Filho apresenta classificação diversa: "As diversas hipóteses previstas no art. 24 podem ser sistematizadas segundo o ângulo de manifestação de desequilíbrio na relação custo/benefício: a) *custo econômico da licitação:* quando o custo econômico da licitação for superior ao benefício dela extraível (incs. I e II); b) *custo temporal da licitação:* quando a demora na realização da licitação puder acarretar a ineficácia da contratação (incs. III e IV); c) *ausência de potencialidade de benefício:* quando inexistir potencialidade de benefício em decorrência da licitação (incs. V, VII, VIII, XI, XIV, XXIII e XXVI); d) *destinação da contratação:* quando a contratação não for norteada pelo critério da vantagem econômica, porque o Estado busca realizar outros fins (incs. VI, IX, XIII, XVI, XX, XXI, XXIV, XXV e XXVII)" (JUSTEN FILHO, Marçal. Ibidem, p. 357).

> inserem-se, dessa forma, como potenciais entidades aptas a esse tipo de contratação, as instituições e centros de pesquisa, universidades públicas, fundações universitárias, associações civis, organizações não-governamentais (ONGs) e outras sem finalidades lucrativas e que possuam objetivos estatuários condizentes com o que exige a legislação competente.[376]

Instituições privadas de pesquisa, instituições privadas de ensino e instituições privadas de desenvolvimento institucional, além de instituições dedicadas à recuperação social do preso, desde que tenham inquestionável reputação ético-profissional e não tenham fins lucrativos, podem ser contratadas pelo Poder Público sem a necessidade de licitação. É tema que aparenta tranqüilidade, mas que em verdade está rodeado de diversos debates e discussões conceituais.

A começar com a locução *instituição brasileira,* que embora aparente não ter qualquer significado técnico deve ser interpretada de modo a limitar a contratação direta a pessoas jurídicas formalmente instituídas, excluindo os movimentos e grupos sociais não constituídos como pessoa jurídica na forma da lei civil brasileira.[377] Preenchido este requisito, deve-se passar à análise do conteúdo material da atuação da instituição: pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional e recuperação social do preso.

A atividade de pesquisa que permite a contratação direta tem sido compreendida pela doutrina de forma restritiva, tanto para evitar que qualquer atividade se enquadre na vaga locução quanto para excluir da possibilidade de contratação direta atividades de vaga delimitação.[378]

---

[376] PRADO, Evandro José da Silva. Dispensa de licitação para contratação de instituição sem fins lucrativos. **Revista do Tribunal de Contas de Santa Catarina**, Florianópolis, ano 2, v. 3, 2004, p. 63. Disponível na Internet: <http://www.tce.sc.gov.br/site/publicacoes/livros/pdf/revista_tce_03.zip>. Acesso em: 12 abr. 2010.

[377] Marçal Justen Filho afirma que "a expressão 'instituição' exclui pessoas físicas. Ainda que o vocábulo permita severas disputas semânticas, a ideia de 'instituição' está vinculada a uma estrutura organizacional que transcende a participação e a identidade do ser humano. Na acepção aplicável ao caso, uma instituição é uma pessoa jurídica peculiarizada pela vinculação à realização de certos fins que transcendem os interesses dos seus associados, com as características da permanência ao longo do tempo e estabilidade de atuação. Ou seja, todas as instituições em sentido subjetivo são pessoas jurídicas, mas nem todas as pessoas jurídicas são instituições. A pessoa jurídica destituída de vinculação concreta e efetiva a uma atividade relacionada com a realização de idéias e objetivos que transcendem as pessoas físicas *não* é uma instituição. A instituição corresponde a uma organização de recursos materiais e de esforços humanos que se autonomiza em face dos seus próprios fundadores, passando a gozar de um acentuado grau de independência. São exemplos clássicos de instituição o Estado, a Igreja, algumas entidades de benemerência (Cruz Vermelha, Santas Casas de Misericórdia), fundações e assim por diante" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 14ª ed. São Paulo : Dialética, 2010, p. 326). O autor, portanto, exige que além da constituição da entidade como pessoa jurídica, sua atuação social seja dotada das características da *permanência* e *estabilidade.*

[378] Cf. sobre o tema PRADO, Evandro José da Silva. Op. cit., pp. 61-82.

Entendemos, com Marçal Justen Filho, que *a priori* o conceito do vocábulo *pesquisa* merece interpretação ampla.[379] Quisesse a lei especificar a qual pesquisa estaria se referindo e o dispositivo seria mais claro. Mas a toda evidência, materialmente a *pesquisa* objeto de contratação pela Administração Pública deverá, além de se enquadrar nos requisitos necessários às hipóteses de dispensa (como a ausência de competição, por exemplo), guardar consonância com determinados contornos que limitam a subjetividade da escolha.

Em primeiro lugar pela necessidade de a pesquisa contratada ser específica, enquadrável no contexto conceitual do contrato administrativo. "Objetos vagos, para os fins da Lei n. 8.666/93, como, por exemplo, pesquisar a cura da AIDS, são ilegais, dispondo o Estado de outros meios para realizar tais atividades, inclusive mediante subvenção".[380] Esta especificidade do objeto, aliás, auxilia na justificativa para a opção de contratação direta sem licitação, haja vista limitar a possibilidade de concorrência àquelas instituições que atuam especificamente no objeto da pesquisa.

É justamente o tópico objeto das maiores controvérsias quanto a este tema: o nexo entre o objeto específico da instituição e o objeto da pesquisa contratada. Verdadeiramente, não basta a instituição ser instituição de pesquisa para ser contratada para a elaboração de pesquisa específica.[381] É necessário que seja instituição de pesquisa em área conexa à da pesquisa contratada.

> Percebe-se, dessa forma, que a existência de nexo entre o objeto do contrato e a instituição contratada é condição essencial à validade da dispensa de licitação, pois uma interpretação lógica do dispositivo em questão conduz inexoravelmente à idéia de que não basta que a entidade contratada seja incumbida regimentalmente de pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional, mas sim que o objeto a ser contratado tenha também a ver

---

[379] "Em princípio, o conceito de pesquisa deve ser interpretado amplamente, evitando preconceitos quanto ao objeto da atuação desenvolvida" (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 326).

[380] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação.** 4ª ed., Brasília : Brasília Jurídica, 1999, p. 316. No mesmo sentido: "A Administração Pública deve certificar-se de que a execução dos referidos projetos são viáveis dentro de um prazo determinado e que a instituição contratada possui, de fato, os requisitos e as competências necessárias para tal. Deve-se, ainda, levar em conta a possibilidade de estabelecer um planejamento para definir etapas e objetivos específicos inerentes à execução dos projetos, estimando, inclusive, um custo para cada fase do seu desenvolvimento" (PRADO, Evandro José da Silva. Op. cit., p. 73).

[381] Vale aqui a ressalva: "Reitera-se que a possibilidade de dispensa de licitação é instrumento absolutamente excepcional, colocado à disposição do administrador em *numerus clausus.* Caso contrário, bastaria a qualquer entidade incluir em seus estatutos que se dedica à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional e poderia ser contratada aleatoriamente pela Administração Pública, sem licitação e para prestar todo e qualquer tipo de serviço" (ZUQUIM, Sávio de Faria Caram. Impossibilidade de dispensa de licitação para a contratação de entidades de ensino visando à realização de concursos públicos. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região,** Brasília, v. 11, n. 2, abr.-jun. 1999, p. 51. Disponível na Internet: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bistream/handle/2011/21895/impossibilidade_dispensa_licitacao_contratacao.pdf?sequence=1>. Acesso em: 12 abr. 2010.

> com essas atividades. Interpretação diferente dá margem para que as instituição privilegiadas pela legislação criem estrutura específica para atender qualquer demanda de serviços requerida pelos agentes públicos, maculando o instituto do concurso público e da licitação.[382]

É o que Marçal Justen Filho chama de "vínculo de pertinência entre o fim da instituição e o objeto do contrato", pelo qual "somente se configuram os pressupostos do dispositivo quando o objeto da contratação inserir-se no âmbito de atividade inerente e próprio da instituição".[383]

Temos, assim, que uma instituição sem fins lucrativos que se dedique ao acompanhamento das condições de vida da população indígena de determinada região pode ser contratada com dispensa de licitação pelo Poder Público para a elaboração de um censo populacional de determinada tribo, incluído no conceito de pesquisa.

Da mesma forma uma instituição sem fins lucrativos cujo objeto seja o estudo e a pesquisa da aranha marrom pode ser contratada sem licitação para a elaboração de pesquisa sobre a incidência de picadas em certa região.[384]

Estes, entre outros exemplos inseridos no *espaço de participação* do Terceiro Setor anteriormente definido, se enquadram na idéia de contratação direta de entidades do Terceiro Setor para atividades de pesquisa.

Mas os requisitos acima analisados também servem para a hipótese da contratação por dispensa de licitação para atividade de ensino, desenvolvimento institucional e de recuperação social do preso

---

[382] PRADO, Evandro José da Silva. Op. cit., pp. 68-69. Interessante citar o seguinte precedente jurisprudencial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo sobre o tema: "CONTRATO ADMINISTRA TIVO - LF n° 8.666/93, art. 24, XIII - Dispensa de licitação - Serviços de aprimoramento e melhoria da produtividade e qualidade e controle orçamentário e financeiro dos valores disponibilizados aos módulos do PAS (Plano de Atendimento à Saúde) - Entidade brasileira voltada è pesquisa, ao ensino ou ao desenvolvimento institucional, sem fins lucrativos e de ilibada reputação. 1. O art. 24, XIII da LF n° 8.666/93 exige que a instituição nela mencionada tenha reconhecida reputação ético-profissional na área objeto do contrato. A ré FESPSP não prevê em seus estatutos a elaboração de projetos de controladoria e recursos financeiros, nem demonstrou ela ter especialidade ou renome nessa área. Trata-se de entidade voltada ao ensino e à pesquisa na área de sociologia, dedicada também ã formação e qualificação de pessoal para a administração pública, algo diverso do objeto do contrato. Não atende ela os requisitos do art. 24, XIII da Lei Federal de Licitações" (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, 7ª Câmara de Direito Público, Apelação cível n. 115.165-5/4-00, Rel. Des. Torres de Carvalho, 11/09/2000).

[383] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 14ª ed. São Paulo : Dialética, 2010, pp. 327-328. Vide a respeito as decisões do Tribunal de Contas da União: Acórdãos 1616/2003, 50/2007 e 1614/2003.

[384] Segundo Jorge Ulisses Jacoby Fernades: "A atividade poderá, inclusive, nem ser a pesquisa, embora firmada com uma entidade dedicada à pesquisa, havendo compatibilidade com o objeto. Tal ocorreria, por exemplo, se uma Prefeitura firmasse um contrato de treinamento do pessoal acerca de agressões de cobras e aracnídeos e de fornecimento de vacinas com a Fundação Osvaldo Cruz" (FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação.** 4ª ed. Brasília : Brasília Jurídica, 1999, p. 316).

O ensino é conceito amplo que permite a inserção de diversas atividades desempenhadas também por uma diversidade grande de instituições e empresas, hipóteses nas quais o Poder Público deverá ser bastante criterioso no momento de selecionar o procedimento de contratação a ser levado em consideração. Como visto, sendo a dispensa de licitação exceção para os casos em que não haja competição, resta espaço a casos bastante específicos.

> Quando estiver convicta que determinado curso ou treinamento é ministrado por apenas uma instituição sem fins lucrativos e que o setor privado também não disponha dessa atribuição, a entidade pública deve justificar a dispensa de licitação de forma detalhada, dando ênfase ao seu grau de necessidade e aos respectivos benefícios advindos com a contratação da entidade envolvida, destacando também os objetivos e resultados esperados.[385]

Um bom exemplo de atividade de ensino desenvolvida pelo Terceiro Setor e abrangida pelo dispositivo, embora aplicado pelo autor para o conceito de atividade de *desenvolvimento institucional,* seria a contratação de associação civil de amparo e inclusão dos portadores do vírus HIV nos seguintes termos:

> Uma associação sem fins lucrativos que ampara os aidéticos, por exemplo, poderia ser contratada para auxiliar o órgão governamental no desempenho desse trabalho, realizando palestras e treinamento com todos os funcionários, destacando a importância e a necessidade de o indivíduo soropositivo adequar-se às condições de trabalho da entidade.[386]

O conceito de *desenvolvimento institucional* é ainda mais desafiador para fins de enquadramento nas hipóteses de dispensa de licitação[387]. O Tribunal de Contas da União já entendeu que seu conceito não pode ser considerado de forma abrangente, "a fim de evitar a contratação, sem maiores critérios, desses órgãos/entidades mediante dispensa de licitação".[388]

A compreensão ampla deste conceito tem permitido a assinatura de diversos contratos com os mais variados objetos pela Administração Pública, sem licitação, sob o fundamento de que objetivam o *crescimento da instituição,* portanto buscariam o

---

[385] PRADO, Evandro José da Silva. Op. cit., p. 72.
[386] Ibidem, pp. 77-78.
[387] "Existe maior dificuldade no tocante ao conceito de 'desenvolvimento institucional', inclusive por efeito de uma espécie de autorreferibilidade do dispositivo" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 14ª ed. São Paulo : Dialética, 2010, p. 327). "Talvez a maior dificuldade encontrada pela doutrina especializada e pelos tribunais de contas para esclarecer o inciso em pauta é referente ao sentido exato da expressão 'desenvolvimento institucional'" (PRADO, Evandro José da Silva. Ibidem, p. 74.).
[388] Tribunal de Contas da União, Acórdão n. 3564/2006, Plenário, Rel. Min. Marcos Bemquerer.

desenvolvimento institucional. São, no mais das vezes, serviços técnicos e fornecimento de mão-de-obra.

> Uma das maiores irregularidades apontadas nestes relatórios diz respeito a contratos de parceria que visam ao fornecimento de ampla gama de serviços técnicos/administrativos e de assessoramento por parte das instituições destacadas, tais como: informática, assessoria jurídica e contábil, consultoria técnica e organizacional, apoio operacional, fornecimento de mão-de-obra etc. Ao ampararem a contratação desses serviços no dispositivo em pauta, as entidades estatais estão, na verdade, desvirtuando o objetivo de sua aplicação prática, produzindo vícios administrativos que fogem à regra estabelecida pelo legislador, pois esse procedimento não passa de uma forma de burlar o dispositivo constitucional (art. 37, inciso II) que exige a realização de concurso público para provimento de cargos públicos e do próprio certame licitatório.[389]

O Tribunal de Contas da União já se manifestou quanto à necessidade de limitar o conceito de *desenvolvimento institucional,* afastando a idéia de que compreenderia o *aperfeiçoamento das instituições:*

> Uma interpretação apressada da Lei poderia conduzir à ilação de que desenvolvimento institucional seria qualquer ato voltado para o aperfeiçoamento das instituições, para a melhoria do desempenho das organizações. Nesse sentido, contudo, a simples automatização de procedimentos, a aquisição de equipamentos mais eficientes, a reforma das instalações de uma unidade, a ampliação das opções de atendimento aos clientes, o treinamento de servidores, a reestruturação organizacional e um sem-número de outras ações que significassem algum plus no relacionamento entre a Administração e a Sociedade poderiam ser entendidas como tal.[390]

A doutrina tenta apontar conceito para o instituto, mas não especifica o seu conteúdo com clareza:

> Existe maior dificuldade no tocante ao conceito de "desenvolvimento institucional", inclusive por efeito de uma espécie de autorreferibilidade do dispositivo. Ali se indicam as instituições que promovem o desenvolvimento de outras instituições. Deve-se reputar que o dispositivo alude às instituições sociais e políticas.[391]

> De todas as expressões utilizadas pelo legislador no inciso, o "desenvolvimento institucional" foi a mais ampla. Se a doutrina até agora debate-se por açambarcar e analisar as acepções da palavra instituição, a rigor, "desenvolvimento institucional" compreenderia crescimento, progresso, de qualquer coisa que possa estar compreendida no termo instituição. Cuida do desenvolvimento institucional tanto uma empresa que possui um centro de controle de qualidade, como uma faculdade, como um sindicato, como uma associação de moradores, enfim, qualquer "instituição" que se dedique a um fim. Por

---

[389] PRADO, Evandro José da Silva. Op. cit., pp. 63-64.
[390] Tribunal de Contas da União, Plenário, Decisão n. 30/2000, Rel. Min. Guilherme Palmeira.
[391] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 14ª ed. São Paulo : Dialética, 2010, p. 327.

óbvio, impõe o interesse público a restrição do termo a fim de que o mesmo se harmonize com o ordenamento jurídico.[392]

O Tribunal de Contas da União, na decisão antes citada, com apoio na doutrina de Marçal Justen Filho e Jorge Ulisses Jacoby Fernandes e no intuito de efetivar o seu intuito de limitar a aplicação do dispositivo de modo a impedir a utilização da dispensa de licitação desmedidamente, expressou entendimento de flagrante aproximação do conteúdo de *desenvolvimento institucional* às atividades que entendemos pertencentes ao *espaço de participação* do Terceiro Setor. Seria atividade considerada como de *desenvolvimento institucional* aquela vinculada a *ação social constitucionalmente especificada como de interesse do Estado,* fazendo menção expressa a alguns dispositivos que arrolam direitos sociais. Veja-se a seguinte passagem:

> Logo, desenvolvimento institucional não pode significar, simplesmente, ao menos no contexto do inciso XIII, melhoria ou aperfeiçoamento das organizações públicas.
> Os autores citados, em que pese às variações de abrangência admitidas, associam a expressão a alguma forma de ação social que tenha sido constitucionalmente especificada como de interesse do Estado. Nesse sentido, seriam entidades dedicadas ao desenvolvimento institucional, por exemplo, aquelas voltadas para a proteção à infância (arts. 203, I, e 204, I, da C.F.), ao deficiente (arts. 203, IV, e 204, I), à saúde (arts. 196, 197 e 200, V), para o desenvolvimento do ensino (arts. 205, 213 e 214), para o desporto (art. 217), entre outras. Nesse rol, entrariam as APAEs, as Sociedades Pestalozzi, a CNEC, a Associação das Pioneiras Sociais, as associações esportivas, etc.[393]

Interpretando a manifestação do Tribunal de Contas da União, Evandro José da Silva Prado propõe que

> sob esta ótica, o significado da referida expressão parece estar relacionado a algum tipo de trabalho que a Administração Pública julgue importante para o seu fortalecimento institucional perante a sociedade e para o ambiente laboral em que se encontra inserida, como o de aprimorar o relacionamento e o desenvolvimento social de parte ou do total das pessoas que a compõem. Isso poderá ser viabilizado com a realização de palestras, treinamentos, reuniões e consultorias prestadas pelas instituições aqui destacadas.[394]

Embora não exatamente conclusivas, estas considerações auxiliam na compreensão das possibilidades de contratação direta de entidades do Terceiro Setor que desempenhem

---

[392] FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Contratação direta sem licitação.** 4ª ed. Brasília : Brasília Jurídica, 1995, p. 225.

[393] Tribunal de Contas da União, Plenário, Decisão n. 30/2000, Rel. Min. Guilherme Palmeira.

[394] PRADO, Evandro José da Silva. Op. cit., p. 77. O autor entende, ainda, que “devem os tribunais de contas dar uma explicação mais concreta sobre o significado da matéria em estudo, exemplificando, inclusive, alguns tipos de serviços prestados pelas entidades mencionadas que poderão ser contratados sem licitação, com fulcro no inciso XIII” (ibidem, p. 78).

atividades que possam ser consideradas como de *desenvolvimento institucional.* Novamente Evandro Silva Prado nos auxilia afirmando que

> o TCU, através das decisões 657/97 e 39/00, entende que a expressão "desenvolvimento institucional" esteja associada a alguma ação de "desenvolvimento social" promovida pelas instituições que lutam por uma causa específica, tais como: deficientes físicos, aidéticos, meio ambiente, hemofílicos, infância, desporto, ensino etc. No entanto, a contratação direta dessas instituições nem sempre é conveniente a todos os órgãos e empresas estatais, pelo fato de os serviços por elas prestados não se mostrarem úteis a todos os objetivos estratégicos e estatutários das entidades contratantes.[395]

É tema que realmente merece maiores considerações, quiçá alteração legislativa no intuito de esclarecer o seu conteúdo.[396] Sabe-se, todavia, que a utilização do dispositivo é bastante freqüente, especialmente para a contratação das chamadas fundações de apoio às universidades públicas, no mais das vezes de forma indevida.[397]

a.2) Aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade (art. 24, XV)

Outra hipótese de dispensa de licitação que materialmente se aproxima bastante do *espaço de participação* do Terceiro Setor, desta feita em razão do objeto, está prevista no artigo 24, XV, da Lei n. 8666/93, *in verbis:*

> para a aquisição ou restauração de obras de arte e objetos históricos, de autenticidade certificada, desde que compatíveis ou inerentes às finalidades do órgão ou entidade.

Observa-se que o dispositivo prevê duas hipóteses distintas: i) aquisição de obras de arte e objetos históricos; e b) restauração de obras de arte de objetos históricos. Ambos se justificam no preceito constitucional contido no artigo 216, § 1º, que dispõe: "§ 1º - O

---

[395] Ibidem, p. 80.

[396] Há poucos julgados esclarecedores sobre o tema, e mesmo o Supremo Tribunal Federal, quando se manifestou, não enfrentou o mérito conceitual. Cf. Supremo Tribunal Federal, Inquérito n. 1957-7/PR, Pleno, Rel. Min. Carlos Velloso, 11/05/2005.

[397] Sobre o tema: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, pp. 281 e ss. Veja-se, também, hipótese específica de dispensa de licitação criada pela Lei n. 8.958/94: "Art. 1º As instituições federais de ensino superior e de pesquisa científica e tecnológica poderão contratar, nos termos do inciso XIII do art. 24 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e por prazo determinado, instituições criadas com a finalidade de dar apoio a projetos de pesquisa, ensino e extensão e de desenvolvimento institucional, científico e tecnológico de interesse das instituições federais contratantes".

Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação".

Neste mister constitucional, em determinadas hipóteses o Poder Público se verá diante da necessidade de adquirir obras de arte ou objetos históricos. Imagina-se, assim, a hipótese de importante documento histórico ser descoberto no acervo de um museu privado. Dada a singularidade da obra, o Poder Público dispensará licitação para a sua aquisição, para que figure no acervo público e seja destinado ao conhecimento de toda a população. Também na hipótese de acervo de importante artista nacional, sob a guarda de instituição privada sem fins lucrativos em dificuldades para mantê-lo, poderá o Poder Público intervir fazendo a aquisição sem licitação. Como ensina Marçal Justen Filho,

> deverá ser justificado o interesse estatal na aquisição do bem. Usualmente, isso se passa quando os custos de conservação sejam insuportáveis para o proprietário, quando se pretenda assegurar o amplo acesso da população ao bem, quando se tratar de evitar o deslocamento do bem para o estrangeiro etc.[398]

Considerando que há grande número de museus privados sem fins lucrativos, e mesmo instituições sem fins lucrativos criadas para a guarda do acervo de documentos históricos e obras de arte de personalidades, justifica-se a possibilidade de contratação nestes moldes entre a Administração Pública e o Terceiro Setor.

Em outras hipóteses, o Poder Público poderá se ver compelido a contratar serviços de restauração de documentos históricos e obras de arte, segunda situação prevista no dispositivo em análise. Esta restauração, como a própria lei reconhece em seu artigo 13[399], é serviço técnico profissional especializado, gerando no mais das vezes hipóteses de contratação por inexigibilidade de licitação com fundamento na inexistência de competição[400], conforme artigo 25, II, adiante analisado.[401] Haverá casos entretanto que,

---

[398] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 14ª ed. São Paulo : Dialética, 2010, p. 332.

[399] "Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a: (...) VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico. § 1º Ressalvados os casos de inexigibilidade de licitação, os contratos para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados deverão, preferencialmente, ser celebrados mediante a realização de concurso, com estipulação prévia de prêmio ou remuneração".

[400] "A hipótese se enquadra, teoricamente, como impossibilidade de competição e seria mais apropriado reconhecer a ocorrência de inexigibilidade de licitação (tal como o fazia a lei anterior). Aliás, isto está implicitamente reconhecido no próprio art. 13, VII, que trata a restauração de obras de arte como serviço técnico profissional especializado (cuja contratação se submete ao disposto no art. 25, II)" (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 332). No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 367.

pelo contrário, sugerirão a realização de seleção técnica pelo Poder Público em virtude da existência de diversos profissionais habilitados à execução da restauração.

Em qualquer caso, no entanto, a possibilidade de contratação com entidade sem fins lucrativos da área da cultura é evidente, justificando a interface do tema com o Terceiro Setor.

a.3) Contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Admininistração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado (art. 24, XX)

Ainda outra hipótese de dispensa de licitação relacionada a atividades desenvolvidas pelo Terceiro Setor é encontrada na Lei n. 8666/93, especificamente em seu artigo 24, XX, que estabelece a dispensa

> na contratação de associação de portadores de deficiência física, sem fins lucrativos e de comprovada idoneidade, por órgãos ou entidades da Admininistração Pública, para a prestação de serviços ou fornecimento de mão-de-obra, desde que o preço contratado seja compatível com o praticado no mercado.

Classificada como dispensa em razão da pessoa, a norma tem conteúdo social dúplice; em primeiro lugar de conscientização quanto às potencialidades das pessoas portadoras de necessidades especiais no mercado de trabalho e em segundo lugar inclusivo das pessoas portadoras de deficiência.

Neste sentido que se observa no conteúdo da norma a dispensa de licitação para a contratação de entidade sem fins lucrativos com o objeto descrito no dispositivo para promover palestras aos funcionários públicos quanto à realidade dos seus colegas portadores de necessidades especiais. Da mesma forma, permite compreender a possibilidade de contratação de entidade para prestar consultoria específica na adaptação de determinada repartição pública às necessidades especiais.[402] Seriam expressões da

---

[401] Esta hipótese, aliás, era considerada hipótese de inexigibilidade no regime anterior do Decreto-lei n. 2300/86 (art. 23, V).

[402] "Quanto ao objeto, adota-se parcimônia e a mesma inteligência doutrinária e jurisprudencial utilizada para o inciso XIII do artigo 24, isto é, o objeto do contrato e suas atividades devem possuir compatibilidade com os fins da entidade e, no caso, com o tipo de deficiência. Notadamente, o serviço deve ter adequação com a *expertise* da instituição. Não seria, por exemplo, ilegal a contratação de uma Associação de Arquitetos e Amigos do Deficiente Físico, para auxiliar na elaboração de projetos de urbanismo" (FARIA, Juliana Campos de. Contratação de entidades de portadores de deficiência física: releitura da dispensa de licitação à

primeira possibilidade prevista no inciso, a da contratação de entidade para a prestação de serviços. Sempre, claro, desde que preenchidos os requisitos da dispensa anteriormente analisados, inclusive aqueles relacionados à pertinência temática debatidos quando da análise do inciso XIII.[403] Não faria sentido, por exemplo, "o Clube de Basquete de Deficientes Físicos ser dispensado de licitação para pintar as quadras de basquete das escolas públicas, sendo que, efetivamente quem realizaria o serviço seria uma empresa de engenharia terceirizada. Tal situação configura burla à licitação"[404].

Em sua vertente inclusiva, o dispositivo permite a contratação com dispensa de licitação de entidade para o fornecimento de mão-de-obra. É medida que, reconhecendo a vulnerabilidade social da pessoa com necessidades especiais[405] que repercute na dificuldade em obter colocação no mercado de trabalho, incentiva organizações a intermediarem esta inserção dispensada de licitação.[406] Ocorre que esta disposição acaba por levantar preocupação, "uma vez que toda a contratação de mão-de-obra, na Administração Direta ou Indireta, está sujeita a concurso público, nos termos do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, ressalvada a hipótese de contratação temporária prevista no inciso IX do mesmo dispositivo"[407]. O dispositivo, portanto, não pode conflitar com a norma constitucional que rege a contratação na Administração Pública. Veja-se, aliás, que o mesmo artigo 37, em seu inciso VIII, determina a reserva de vagas em concursos públicos para deficientes:

Luz da função social do contrato administrativo, do direito à educação especial e conforme ADPF nº45. **Boletim Jurídico**, n. 188, 28/07/2006. Disponível na Internet: < http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1445>. Acesso em: 13 abr. 2010).

[403] "O dispositivo relaciona-se diretamente com o previsto no inc. XIII. A proximidade entre as disposições dos dois incisos é evidente. (...) Aplicam-se ao caso as mesmas considerações realizadas sobre o objeto das contratações realizadas com base no inc. XIII. Trata-se da questão da pertinência absoluta, da pertinência relativa e da vedação à intermediação" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 14ª ed. São Paulo : Dialética, 2010, p. 336).

[404] FARIA, Juliana Campos de. Op. cit..

[405] Entendemos que a norma deve ser interpretada de forma a incluir outros tipos de deficiência que não a conhecida como física. Neste sentido entende-se que "a Lei alude apenas a deficiência física, mas é evidente que toda e qualquer associação que congregue portadores de alguma necessidade especial poderá ser contratada diretamente. Portanto, podem ser contratadas diretamente entidades que congreguem portadores de Síndrome de Down, por exemplo" (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 336).

[406] "Trata-se de uma modalidade indireta de fomento. Os recursos públicos são aplicados de modo a produzir efeitos indiretos relevante. O objetivo imediato reside na satisfação de uma necessidade pública, objeto da contratação. No entanto e conjuntamente, há outro intento. Trata-se de incentivar a atividade de certas entidades privadas, não integrantes da Administração Pública, mas cuja atuação relaciona-se com o bem comum. Produz-se uma espécie de 'função social do contrato administrativo', no sentido de que a contratação é instrumento de realização de outros valores sociais que não a mera obtenção pela Administração dos bens e serviços de que necessita" (ibidem, p. 335).

[407] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 19ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 369.

> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)
> VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

Desta forma, deve-se concluir que o disposto no artigo 24, XX, da Lei n. 8666/93, não se confunde com a colocação dos portadores de necessidades especiais em cargos ou empregos públicos, que deverão ser preenchidos por concurso e levar em conta a reserva de vagas a deficientes. O fornecimento de mão-de-obra a que se refere a norma está relacionado aos serviços prestados pela entidade contratada, especificamente aqueles que podem ser objeto de contrato administrativo. E neste caso de fornecimento de mão-de-obra, quer nos parecer que a norma exija, diferentemente da prestação de serviços pura e simples antes explicitada, que as pessoas que executarão os trabalhos serão propriamente aquelas portadoras de deficiência. O contrato é firmado com a associação, que se incumbirá de promover a colocação de deficiente auditivo no serviço de reprografia de determinado órgão, do portador de síndrome de Down no serviço de entrega de malotes, do cadeirante na recepção, etc.

Valem, ainda, duas ressalvas importantes. Em primeiro lugar, entende-se afastada a discussão sobre a isonomia com outras empresas dos setores em que sejam colocados os portadores de necessidades especiais, com fundamento na já abordada função social do contrato administrativo, já que "os portadores de necessidades especiais encontram-se em situação material peculiar, inconfundível com as pessoas que não apresentam limitações similares".[408] Em segundo, dada a natureza social da norma, entende-se que não somente as figuras associativas podem ser contratadas nestes termos, mas também as fundacionais e as cooperativas sociais (estas, inclusive, exatamente com este objeto).

É, portanto, hipótese de dispensa exclusivamente destinada a entidades do Terceiro Setor, seja por considerá-las promotoras do *direito social à integração no mercado de trabalho* (art. 203, III, da Constituição Federal), seja por considerá-las promotoras do *direito social à integração das pessoas portadores de deficiência à vida comunitária* (artigo 203, IV, da Constituição Federal).

a.4) Contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo,

[408] JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 336.

efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública (art. 24, XXVII)[409]

Outra hipótese de dispensa de licitação diretamente ligada ao Terceiro Setor e repleta de conteúdo social foi incluída pela Lei n. 11.445/2007 no artigo 24, da Lei n. 8666/93, mais especificamente em seu inciso XXVII, nos seguintes termos:

> na contratação da coleta, processamento e comercialização de resíduos sólidos urbanos recicláveis ou reutilizáveis, em áreas com sistema de coleta seletiva de lixo, efetuados por associações ou cooperativas formadas exclusivamente por pessoas físicas de baixa renda reconhecidas pelo poder público como catadores de materiais recicláveis, com o uso de equipamentos compatíveis com as normas técnicas, ambientais e de saúde pública.

O evidente conteúdo social é múltiplo[410]. É norma pautada por preocupações de saúde pública, ambientais e, principalmente, sociais no sentido estrito do termo, ao incentivar a organização de pessoas de baixa renda para o desenvolvimento de uma atividade econômica.

A norma prevê duas hipóteses a nosso ver distintas de organização da atividade que se pretende incentivar.

A primeira delas através da contratação de associação sem fins lucrativos, hipótese em que as *pessoas físicas de baixa renda* a que se dirige a norma não poderiam ser associados para receber os frutos da contratação, mas sim contratados pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Isto porque as associações civis sem fins lucrativos, para se caracterizarem como tal, não podem efetuar distribuição de lucros. Assim, a

---

[409] A título de informação, o artigo 24, XXIV prevê dispensa de licitação na "celebração de contratos de prestação de serviços com as organizações sociais, qualificadas no âmbito das respectivas esferas de governo, para atividades contempladas no contrato de gestão". Entendemos, no entanto, que as organizações sociais (qualificação criada pela Lei n. 9.637/90) não fazem parte do Terceiro Setor, haja vista a obrigatoriedade prevista em lei de participação de servidores públicos em seus Conselhos de Administração, retirando a natureza puramente privada da instituição (embora não afaste a sua natureza jurídica privada). Para uma análise aprofundada das características e do papel das organizações sociais, cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. **Contrato de gestão.** São Paulo : RT, 2008.

[410] "Logo, existem razões de diversa ordem no sentido do incentivo e fomento à atividade dos catadores de papel. Trata-se não apenas de assegurar a eles a elevação da condição de vida digna, mas também promover a sua integração à atividade econômica formal – inclusive para o efeito de garantir o acesso à seguridade social. Também se busca incentivar uma atividade econômica de grande relevância para a vida comunitária. Mais ainda, pretende-se proteger o meio ambiente e evitar a elevação dos índices de poluição e de destruição da natureza" (JUSTEN FILHO, Marçal. Ob. cit., p. 352).

associação seria contratada pela Administração Pública, havendo no contrato a forma de sua remuneração, e promoveria o pagamento do salário dos catadores.

Este, no entanto, não é o sistema previsto no Decreto n. 5.940/2006, que "institui a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, na fonte geradora, e a sua destinação às associações e cooperativas dos catadores de materiais recicláveis, e dá outras providências". Este Decreto regula "a separação dos resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, na fonte geradora, e a sua destinação às associações e cooperativas dos catadores" (artigo 1º). É no artigo 3º, IV, do referido Decreto, que se encontra o dispositivo que causa espécie:

> Art. 3º Estarão habilitadas a coletar os resíduos recicláveis descartados pelos órgãos e entidades da administração pública federal direita e indireta as associações e cooperativas de catadores de materiais recicláveis que atenderem aos seguintes requisitos:
> I - estejam formal e exclusivamente constituídas por catadores de materiais recicláveis que tenham a catação como única fonte de renda;
> II - não possuam fins lucrativos;
> III - possuam infra-estrutura para realizar a triagem e a classificação dos resíduos recicláveis descartados; e
> IV - apresentem o sistema de rateio entre os associados e cooperados.

O regime jurídico das associações civis sem fins lucrativos não é compatível com a previsão de rateio das receitas entre os seus associados. Ao contrário das cooperativas, que desenvolvem atividades de fins econômicos e, portanto, com previsão de partilha de resultados, a ausência de lucro é pressuposto do regime das associações. Por conta disso entendemos que o único arranjo possível para a contratação de associações civis para a promoção de coleta de resíduos sólidos é aquela em que os catadores são funcionários da associação, remunerados por esta função de acordo com as normas da CLT.

A segunda hipótese de organização da atividade passível de ser contratada com dispensa de licitação é através da organização de cooperativas de catadores, estas sim compatíveis com a idéia de rateio das receitas. Nesta hipótese os catadores seriam cooperados e receberiam proventos de acordo com as normas da cooperativa contratada, a depender dos termos da contratação com o Poder Público.[411]

---

[411] Esta hipótese, em nosso sentir, salvo se a cooperativa contratada se enquadrar no conceito de *cooperativa social,* não está enquadrada na idéia de Terceiro Setor.

a.5) Contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal (art. 24, XXX)

Por fim, encerrando as hipóteses de dispensa de licitação que podem ser consideradas materialmente vinculadas de forma direta às atividades do Terceiro Setor, a Lei n. 12.188, de 11 de janeiro de 2010, que "institui a Política Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural para a Agricultura Familiar e Reforma Agrária – PNATER e o Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária – PRONATER", também promove alteração na Lei n. 8666/93 para incluir o inciso XXX, no artigo 24, dispondo que é dispensável a licitação

> na contratação de instituição ou organização, pública ou privada, com ou sem fins lucrativos, para a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural no âmbito do Programa Nacional de Assistência Técnica e Extensão Rural na Agricultura Familiar e na Reforma Agrária, instituído por lei federal.

A Lei n. 12.188/2010, trata de especificar o que vêm a ser os serviços de assistência técnica e extensão rural, quando em seu artigo 2º, I, assevera:

> Art. 2º Para os fins desta Lei, entende-se por:
> I – Assistência Técnica e Extensão Rural – ATER: serviço de educação não formal, de caráter continuado, no meio rural, que promove processos de gestão, produção, beneficiamento e comercialização das atividades e dos serviços agropecuários e não agropecuários, inclusive das atividades agroextrativistas, florestais e artesanais;

Referidos serviços são espécie do gênero educação, voltados à orientação do homem do campo com vistas à melhoria da qualidade e da quantidade de sua produção, conseqüentemente de sua qualidade de vida. E as organizações privadas sem fins lucrativos cujo objeto específico seja a prestação de serviços de assistência técnica e extensão rural, em atividade há no mínimo 5 anos e que preencha os demais requisitos da Lei n. 12.188/2010 (artigo 15), poderá ser selecionada por chamada pública (artigo 19) e contratada pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário ou pelo INCRA (artigo 18).

b) Inexigibilidades de licitação e o Terceiro Setor

As inexigibilidades de licitação estão previstas no artigo 25, da Lei n. 8.666/93, e são vinculadas à idéia matriz de *inviabilidade de competição*. Diferente da dispensa, em que pode haver competição de concorrentes mas a lei autoriza a Administração Pública a abrir mão da licitação justificadamente, na inexigibilidade a competição é inviável "porque só existe **um objeto** ou **uma pessoa** que atenda às necessidades da Administração".[412]

São, genericamente, os seguintes casos:

> Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:
> I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;
> II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;
> III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Diz-se genericamente porque na prática podem ocorrer outros casos de inviabilidade de competição não previstos no referido dispositivo, que não é exaustivo.[413]

Não há, diferente dos casos de dispensa, hipóteses especificamente destinadas a atividades desenvolvidas por entidades do Terceiro Setor, o que não significa dizer que tais entidades não possam ser contratadas por inexigibilidade de licitação. Regra geral, basta que a entidade desenvolva atividade em que a competição seja inviável e, em havendo necessidade da Administração Pública quanto a esta atividade, estará justificada a inexigibilidade.

Em linhas gerais, a lei prevê a justificativa da inexigibilidade em três situações, brevemente analisadas a seguir em cotejo com as atividades do Terceiro Setor.

b.1) Fornecedor único na aquisição de determinado bem específico (inciso I)

---

[412] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo.** 19ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 361, destaques no original.

[413] "Com efeito, a inexigibilidade é decorrência da inviabilidade de competição; o próprio dispositivo prevê algumas hipóteses, o que não impede que outras surjam na prática. Se a competição inexiste, não há que se falar em licitação. A inviabilidade deve ficar adequadamente demonstrada" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 363).

É o que Marçal Justen Filho chama de "ausência de alternativas"[414] que leva à inviabilidade de competição. Neste caso, a Administração Pública necessita adquirir bem específico, cuja peculiaridade leva a somente uma opção de contratação. A singularidade do objeto não deixa escolhas ao Poder Público e a lei soluciona o problema permitindo a contratação da única opção sem que seja levado a efeito o procedimento licitatório. Em linhas gerais a hipótese trazida pelo inciso em comento é esta.[415]

Seria o caso de inexigibilidade, por exemplo, se um laboratório administrado por entidade privada sem fins lucrativos especializada no diagnóstico precoce de determinada doença desenvolvesse equipamento inédito para o auxílio na elaboração deste exame.

São situações difíceis de exemplificar, mas que podem acontecer na prática e dispõem de justificativa legal para a inexigibilidade.

b.2) Contratação de singulares serviços técnicos profissionais especializados, com profissionais ou empresas de notória especialização (inciso II)

Nestas situações, como já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, é imprescindível a a caracterização de três requisitos para permitir a inexigibilidade da licitação: "a) serviço técnico listado no art. 13; b) profissional (pessoa física) ou empresa de notória especialização; c) natureza singular do serviço a ser prestado".[416]

O já transcrito artigo 13 especifica os seguintes serviços técnicos profissionais especializados:

> Art. 13. Para os fins desta Lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:
> I - estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;
> II - pareceres, perícias e avaliações em geral;
> III - assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras ou tributárias;
> IV - fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;
> V - patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;
> VI - treinamento e aperfeiçoamento de pessoal;
> VII - restauração de obras de arte e bens de valor histórico.

---

[414] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 14ª ed. São Paulo : Dialética, 2010, p. 358.
[415] Para peculiaridades sobre o caso, cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., pp. 358 e ss.
[416] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, RESP n. 942.412/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 09/03/2009.

Não basta, para fins de inexigibilidade, constarem desta lista. Devem ser realizados por profissional ou empresa de notória especialização. O próprio artigo 25, § 1º, dá a nota do que venha a ser este requisito:

> § 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

E para completar os requisitos e permitir a contratação sob a justificativa de inexigibilidade, deve-se comprovar a natureza singular dos serviços prestados, o que pode ser compreendido, numa acepção singela, como aquelas hipóteses específicas em que tais serviços sejam necessários em virtude de situação que foge à normalidade.[417]

Fazendo a diferenciação entre uma situação normal e uma situação anormal, já derivando para a análise da viabilidade de contratação de entidade do Terceiro Setor nesta hipótese, voltamos à carga com o conteúdo do inciso VII, do artigo 13, que trata da restauração de obras de arte e bens de valor histórico. Naturalmente, a restauração de determinado prédio histórico, compreendendo a pintura de sua fachada, revisão das instalações elétricas, etc., é hipótese que pode ser considerada dentro dos padrões de normalidade, não se compreendendo como serviços de natureza singular. A restauração deste mesmo prédio histórico, que tenha passado por um incêndio de grandes proporções que afetou afrescos de importante artista existentes em suas paredes internas, que além de terem recebido rachaduras ficaram plenas de fuligens, comprometendo a obra de arte, se insere naquelas hipóteses em que a situação pode ser considerada anômala. Exigirá a contratação de profissional ou empresa de notória especialização em restauros e, num ponto ótimo, profunda conhecedora das obras do artista a serem restauradas. Neste caso, pode ser que um instituto cultural de estudo e preservação da obra deste autor seja a hipótese mais adequada – senão única – com estes requisitos, motivo que justificaria a inexigibilidade de licitação.

Outras situações, sem dúvida, podem gerar a contratação de entidade do Terceiro Setor sob o pálio da inexigibilidade de licitação, mas devido à diversidade das atividades

---

[417] "Cada espécie de atividade referida no art. 13 pode envolver situações-padrão e casos anômalos. Apenas esses últimos comportam contratação direta, tal como determinado no art. 25, inc. II" (JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., p. 369).

previstas no artigo 13 é difícil imaginar outros exemplos que não advenham de uma situação prática específica.

b.3) Contratação de profissional do setor artístico (inciso III)

Baseada na natureza personalíssima do serviço, embora não pareça situação corriqueira a contratação de profissional do setor artístico pela Administração Pública, a lei prevê a hipótese de inexigibilidade em se tratando de artistas consagrados pela crítica ou pela opinião pública.

Há, no entanto, hipóteses em que se justificam as contratações neste sentido. A contratação de cantores para animar as festividades cívicas, a contratação de renomado pintor para a decoração de parede de prédio público, a contratação de escultor para a confecção de busto de personagem histórico celebre para colocação em determinada praça pública, a contratação de respeitado ator para campanha televisiva de certo programa de ação pública, etc. Todas estas situações, é claro, permeadas pela análise do interesse público envolvido e da real aplicação da inexigibilidade de licitação.

Uma possibilidade vinculada diretamente à atuação do Terceiro Setor é a contratação de um coral infantil de renomes nacional e internacional, coordenado por entidade sem fins lucrativos, para as festividades oficiais de fim de ano do Município em que se situa a instituição. Outra hipótese é a contratação de famosa equipe de basquetebol de exibição, criada por entidade sem fins lucrativos, para evento beneficente de lançamento da quadra pública de esportes construída pelo Poder Público.

Enfim, mais uma vez estamos diante de situações específicas que tornam difícil a empreitada de buscar exemplos sem o devido referencial prático.

4.2 Repasses financeiros para entidades do Terceiro Setor

Além dos contratos administrativos, há outras formas de parceria possíveis entre a Administração Pública e o Terceiro Setor que envolvem repasses financeiros.

Estes repasses financeiros são feitos através das *transferências voluntárias,* assim chamadas por não se constituírem em *transferências obrigatórias* (constitucionais ou legais).

A Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), em seu artigo 25, conceitua transferência voluntária como “a entrega de recursos correntes ou de capital a

outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional ou legal ou se destine ao Sistema Único de Saúde".

Embora este conceito legal não englobe as transferências a entidades privadas, é certo que estes repasses se enquadram como tal no plano orçamentário. É como ensina Natasha Schmitt Caccia Salinas: "O repasse de recursos da União às entidades privadas sem fins lucrativos a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira que não decorra de determinação legal ou se destine ao Sistema Único de Saúde- SUS é denominado *transferência voluntária"*.[418] Veja-se a interessante passagem em que a autora explica o funcionamento da definição orçamentária do que sejam as *transferências voluntárias:*

> O Orçamento Geral da União ("OGU") disciplina ano a ano as receitas livres de alocação, ou seja, aquelas que não custearão despesas de caráter não discricionário, tais como transferências constitucionais e legais aos Estados e Municípios, despesas com pessoal e encargos sociais, benefícios previdenciários, custeio obrigatório da saúde e da educação, dentre outros. Subtraídas todas as despesas não discricionárias do orçamento, resta apenas 11% da totalidade dos recursos previstos no OGU para serem destinados às *transferências voluntárias,* equivalentes a quantia que varia entre R$ 50 bilhões e R$ 60 bilhões de reais por ano. Essa quantia destinada às *transferências voluntárias,* no entanto, é distribuída entre Estados, Municípios e entidades do terceiro setor, sendo destinados a estas últimas um montante que varia entre R$ 2 e R$ 3 bilhões.[419]

A alocação dos recursos destinados a *transferências voluntárias* deve observar os critérios definidos na programação orçamentária, atribuição que é dada ao Plano Plurianual pelo artigo 165, § 1º, da Constituição Federal, que define a sua abrangência:

> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:
> I - o plano plurianual;
> (...)
> § 1º - A lei que instituir o plano plurianual estabelecerá, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração pública federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada.

O Plano Plurianual em vigor (2008/2011) foi estabelecido pela Lei n. 11.653/2008 e estabelece os programas a serem realizados neste período. Importante papel assume a Lei de Diretrizes Orçamentárias, também prevista no artigo 165, da Constituição Federal:

> Art. 165. Leis de iniciativa do Poder Executivo estabelecerão:

---

[418] SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor.** Dissertação de mestrado. São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 77.
[419] Ibidem, p. 77.

(...)
II - as diretrizes orçamentárias;
(...)
§ 2º - A lei de diretrizes orçamentárias compreenderá as metas e prioridades da administração pública federal, incluindo as despesas de capital para o exercício financeiro subseqüente, orientará a elaboração da lei orçamentária anual, disporá sobre as alterações na legislação tributária e estabelecerá a política de aplicação das agências financeiras oficiais de fomento.

Na Lei de Diretrizes Orçamentárias para o exercício de 2010, Lei n. 12017/2009, existe uma seção específica sobre as *transferências (voluntárias) para o setor privado.* Embora chamadas de *transferências – setor privado,* não perdem a característica de *transferências voluntárias* pelo fato de não serem *transferências obrigatórias,* e têm as características que passamos a demonstrar.

4.2.1 Subvenções sociais

O artigo 32 da Lei n. 12017/2009 trata especificamente das *transferências* chamadas de *subvenções sociais,* que se destinam à "prestação de serviços essenciais de assistência social, médica e educacional, sempre que a suplementação de recursos de origem privada aplicados a esses objetivos, revelar-se mais econômica"[420]. O dispositivo vem nos seguintes termos:

Art. 32. A transferência de recursos a título de subvenções sociais, nos termos do art. 16 da Lei nº 4.320, de 1964, atenderá as entidades privadas sem fins lucrativos que exerçam atividades de natureza continuada nas áreas de cultura, assistência social, saúde e educação e preencham uma das seguintes condições:
I – sejam de atendimento direto ao público, de forma gratuita, e tenham certificação de entidade beneficente de assistência social nas áreas de saúde, educação ou assistência social, expedida pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS ou por outro órgão competente das demais áreas de atuação governamental, de acordo com lei superveniente;
II – sejam formalmente vinculadas a organismo internacional do qual o Brasil participe, tenham natureza filantrópica ou assistencial e estejam registradas nos termos do inciso I do caput deste artigo;
III – atendam ao disposto no art. 204 da Constituição, no art. 61 do ADCT, bem como na Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993; ou
IV – sejam qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, com termo de parceria firmado com o Poder Público Federal, de acordo com a Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999.
Parágrafo único. O disposto no caput também se aplica:
I – às entidades de assistência social voltadas ao atendimento direto e gratuito de pessoas deficientes, crianças e idosos detentoras de registro ou certificação de entidade beneficente de assistência social, expedida pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS ou

[420] Artigo 16, da Lei n. 4320/1964.

por outro órgão competente das demais áreas de atuação governamental, de acordo com lei superveniente; e
II – às entidades de educação extraescolar de atendimento direto e gratuito detentoras de certificação de entidade beneficente de assistência social na área de educação, expedida pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS ou por outro órgão competente das demais áreas de atuação governamental, de acordo com lei superveniente.

Segundo a Lei n. 4320/64, artigo 12, § 3º, I, as *subvenções sociais* são *transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa.*[421]

4.2.2 Contribuições correntes

O artigo 33, da Lei n. 12017/2009, por sua vez, regulamenta os repasses de recursos a título de *contribuição corrente,* nos seguintes termos:

Art. 33. A transferência de recursos a título de contribuição corrente somente será destinada a entidades sem fins lucrativos e que preencham uma das seguintes condições:
I – estejam autorizadas em lei específica;
II – estejam, dadas suas peculiaridades, nominalmente identificadas no projeto de lei enviado pelo Poder Executivo e na respectiva lei; ou
III – sejam selecionadas para execução, em parceria com a Administração Pública Federal, de programas e ações que contribuam diretamente para o alcance de diretrizes, objetivos e metas previstas no plano plurianual, sendo vedada sua concessão para as áreas de que trata o art. 32, desta lei.
§ 1º A transferência de recursos a título de contribuição corrente não autorizada em lei específica dependerá de publicação, para cada entidade beneficiada, de ato de autorização da unidade orçamentária transferidora, o qual conterá o critério de seleção, o objeto, o prazo do convênio ou instrumento congênere e a justificativa para a escolha da entidade.
§ 2º O disposto no caput deste artigo e em seu § 1º aplica-se aos casos de prorrogação ou renovação de convênio ou instrumento congênere ou aos casos em que, já havendo sido firmado o instrumento, devam as despesas dele decorrentes correr à conta de dotações consignadas na Lei Orçamentária de 2010.

As transferências a título de *contribuições correntes* são tidas pela Lei n. 4320/64, artigo 12, § 6º, como *transferências de capital,* assim consideradas as "dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar".[422]

---

[421] "§ 3º Consideram-se subvenções, para os efeitos desta lei, as transferências destinadas a cobrir despesas de custeio das entidades beneficiadas, distinguindo-se como: I - subvenções sociais, as que se destinem a instituições públicas ou privadas de caráter assistencial ou cultural, sem finalidade lucrativa".
[422] "§ 6º São Transferências de Capital as dotações para investimentos ou inversões financeiras que outras pessoas de direito público ou privado devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços, constituindo essas transferências auxílios ou contribuições, segundo derivem diretamente da Lei de Orçamento ou de lei especialmente anterior, bem como as dotações para amortização da dívida pública".

Conforme observa Gustavo Justino de Oliveira, analisando a Lei de Diretrizes Orçamentárias para 2006,

> ainda que haja uma definição relativamente distinta na Instrução Normativa n. 01/97-STN, art. 1º, par. 1º, inc. VI, é a Lei federal n. 11.178/05 (LDO) que veicula uma regulamentação mais clara desta espécie de repasse público, estabelecendo em seu art. 32, *caput,* que "é vedada a destinação de recursos a entidade privada a título de contribuição corrente, *ressalvada a autorizada em lei específica ou destinada à entidade sem fins lucrativos selecionada para execução, em parceria com a administração pública federal, de programas e ações que contribuam diretamente para o alcance de diretrizes, objetivos e metas previstas no plano plurianual".*[sem grifo no original]
> Ou seja, se antes havia a obrigatoriedade de destinação de contribuições unicamente se houvesse lei anterior que a autorizasse, agora, em face do citado artigo, existe a possibilidade de que isso decorra diretamente de parceria efetivada pelo Poder Público concedente.[423]

Isto significa dizer que além das hipóteses de específica previsão legal, as *contribuições* podem ser destinadas a projetos de parceria com a Administração Pública Federal que tenham por objeto programas e ações vinculados ao plano plurianual, desde que em área não abrangida pelas subvenções sociais (cultura, assistência social, saúde e educação), desde que observado o requisito do § 1º.

4.2.3 Auxílios

A exemplo das *contribuições,* os *auxílios* são considerados como *transferências de capital* destinados para *investimentos ou inversões financeiras,* com a diferença de que os auxílios, ao invés de lei específica, encontram fundamento na Lei de Orçamento, conforme explicita o já transcrito artigo 12, § 6º, da Lei n. 4320/64.[424]

O artigo 34, da atual Lei de Diretrizes Orçamentárias, delimita as possibilidades de concessão de *auxílios* nos seguintes termos:

> Art. 34. A transferência de recursos a título de auxílios, previstos no art. 12, § 6º, da Lei nº 4.320, de 1964, somente poderá ser realizada para entidades privadas sem fins lucrativos e desde que sejam:

---

[423] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Gestão privada de recursos públicos para fins públicos: o modelo das OSCIP. In: _____ (coord.). **Terceiro Setor, empresas e Estado:** novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte : Fórum, 2007, pp. 240-241, destaques no original.

[424] "A Lei federal n. 4.320/64, em seu art. 12, par. 6º, qualifica o *auxílio* como uma espécie de transferência de capital, derivada diretamente da Lei de Orçamento, e destina-se a investimentos ou inversões financeiras que entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos devam realizar, independentemente de contraprestação direta em bens ou serviços" (ibidem, p. 239).

I – de atendimento direto e gratuito ao público e voltadas para a educação especial, ou representativas da comunidade escolar das escolas públicas estaduais e municipais da educação básica ou, ainda, unidades mantidas pela Campanha Nacional de Escolas da Comunidade – CNEC;
II – cadastradas junto ao Ministério do Meio Ambiente para recebimento de recursos oriundos de programas ambientais, doados por organismos internacionais ou agências governamentais estrangeiras;
III – voltadas a ações de saúde e de atendimento direto e gratuito ao público, inclusive à assistência a portadores de DST/AIDS, prestadas pelas Santas Casas de Misericórdia e por outras entidades sem fins lucrativos que sejam certificadas como entidades beneficentes de assistência social expedida pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS, ou por órgão governamental na área de saúde de acordo com lei superveniente;
IV – signatárias de contrato de gestão com a Administração Pública Federal, não qualificadas como organizações sociais nos termos da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998;
V – qualificadas como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP, com termo de parceria firmado com o Poder Público Federal, de acordo com a Lei nº 9.790, de 1999, e que participem da execução de programas constantes do plano plurianual, devendo a destinação de recursos guardar conformidade com os objetivos sociais da entidade;
VI – qualificadas ou registradas e credenciadas como instituições de apoio ao desenvolvimento da pesquisa científica e tecnológica com contrato de gestão firmado com órgãos públicos;
VII – qualificadas para o desenvolvimento de atividades esportivas que contribuam para a capacitação de atletas de alto rendimento nas modalidades olímpicas e paraolímpicas, desde que formalizado instrumento jurídico adequado que garanta a disponibilização do espaço esportivo implantado para o desenvolvimento de programas governamentais, e demonstrada, pelo órgão concedente, a necessidade de tal destinação e sua imprescindibilidade, oportunidade e importância para o setor público;
VIII – voltadas, na área de assistência social, ao atendimento direto e gratuito de pessoas portadoras de deficiência;
IX – voltadas diretamente às atividades de coleta e processamento de material reciclável, desde que constituídas sob a forma de associações ou cooperativas integradas por pessoas em situação de risco social, na forma prevista em regulamento do Poder Executivo, cabendo ao órgão concedente aprovar as condições para a aplicação dos recursos;
X – voltadas ao atendimento de pessoas carentes em situação de risco social ou diretamente alcançadas por programas e ações de combate à pobreza e geração de trabalho e renda, nos casos em que ficar demonstrado que a entidade privada tem melhores condições que o Poder Público local para o desenvolvimento das ações pretendidas, devidamente justificado pelo órgão concedente responsável; e
XI – de atendimento direto e gratuito de crianças e idosos, detentoras de registro ou certificação de entidade beneficente de assistência social, expedida pelo Conselho Nacional de Assistência Social – CNAS ou por outro órgão competente das demais áreas de atuação governamental, de acordo com lei superveniente.

Observa-se que o referido dispositivo apresenta requisitos à concessão de *auxílios* para pessoas jurídicas sem fins lucrativos, especificando aquelas que fazem jus a esta transferência. As limitações materiais são das mais diversas, chamando atenção a impossibilidade de concessão de *auxílios* para as entidades qualificadas como *Organização Social* e a possibilidade para as que tenham a qualificação como *Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.*

Frise-se, valendo para as *contribuições* e para os *auxílios,* que o artigo 12, da Lei n. 4320/64, classifica como investimentos e inversões financeiras, objeto de suas concessões, o seguinte:

> § 4º Classificam-se como investimentos as dotações para o planejamento e a execução de obras, inclusive as destinadas à aquisição de imóveis considerados necessários à realização destas últimas, bem como para os programas especiais de trabalho, aquisição de instalações, equipamentos e material permanente e constituição ou aumento do capital de empresas que não sejam de caráter comercial ou financeiro.
> § 5º Classificam-se como Inversões Financeiras as dotações destinadas a:
> I - aquisição de imóveis, ou de bens de capital já em utilização;
> II - aquisição de títulos representativos do capital de empresas ou entidades de qualquer espécie, já constituídas, quando a operação não importe aumento do capital;
> III - constituição ou aumento do capital de entidades ou empresas que visem a objetivos comerciais ou financeiros, inclusive operações bancárias ou de seguros.

Estas são, em largas passadas, as hipóteses existentes de *transferência voluntária* de recursos para entidades privadas sem fins lucrativos, cuja seleção pode se dar de três maneiras:

> a) *Apresentação de emenda ao OGU por deputado federal ou senador*. Neste caso, o nome da entidade e do respectivo projeto a ser custeado com *transferências voluntárias* já está contemplado no próprio OGU, cabendo ao órgão gestor dos recursos do programa efetuar as referidas análises técnicas em total ausência de competição.
> b) *Demanda espontânea da entidade privada sem fins lucrativos,* que formula um projeto por livre iniciativa ao órgão que disponha de recursos para a execução de um programa orçamentário;
> c) *Demanda induzida pelos ministérios,* em que estes escolherão, mediante procedimento seletivo, os projetos que se adequem às suas necessidades. A seleção de projetos poderá ser regionalizada, situação em que somente entidades com sede na referida região escolhida pelo ministério poderão concorrer ao financiamento de projetos.[425]

Estas hipóteses de *transferência voluntária,* no entanto, carecem de formalização através de instrumentos jurídicos próprios, cujos principais são os *convênios* e os *termos de*

---

[425] SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor.** Dissertação de mestrado. São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2008, pp. 78-79.

parceria, além da figura menos usual dos *contratos de repasse.*[426] Passa-se, então, à abordagem sucinta destas três figuras.[427]

4.3 Convênios

Saindo, portanto, da parceria de natureza contratual, outro instrumento de formalização de parceria possível de ser utilizado pela Administração Pública com o Terceiro Setor é o convênio. Embora em sua origem não tivesse esta função, hoje a figura do convênio é das mais utilizadas para formalizar relações de colaboração público-privadas.

Em sua origem no ordenamento jurídico brasileiro, os convênios tinham por função instrumentalizar o relacionamento entre entidades públicas, com vistas a facilitar a execução de seus serviços por meio da descentralização; pretendia o intercâmbio de funcionários e estrutura entre os poderes públicos nos mais diversos níveis. Pode-se dizer que os convênios foram "instituídos no ordenamento jurídico brasileiro para instrumentalizar a descentralização de programas governamentais para entidades públicas que já detivessem capacidade instalada para realizar as ações previstas no objeto do ajuste".[428]

É o que se extrai, aliás, do contido no artigo 13, § 3º, da Constituição de 1967, que estabelecia que "a União, os Estados e os Municípios poderão celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais ou municipais". O dispositivo constitucional era expresso em configurar os convênios como normas de colaboração entre entes públicos, reforçado pelas normas de descentralização administrativa contidas no Decreto-lei n. 200/67. Mais do que isso, o artigo 10 do referido Decreto-lei não deixa dúvidas de que os convênios eram instrumentos exclusivamente para efetivar a descentralização da Administração Federal para as unidades

---

[426] "A legislação sobre transferência de recursos públicos a entidades privadas sem fins lucrativos concentra-se sobretudo em atos administrativos de natureza infra-legal. Tais repasses de recursos podem ser efetivados mediante a celebração de dois instrumentos jurídicos principais: os convênios e os termos de parceria. (...) Há que se ressaltar também a presença de um terceiro instrumento de *transferências voluntárias* – o contrato de repasse – cuja incidência sobre as entidades sem fins lucrativos passou a ser admitida apenas recentemente" (ibidem, pp. 70-71).

[427] "Já foi visto, por exemplo, em relação à saúde, que ela pode ser prestada pelo Estado como serviço público próprio, ou pelo particular, como serviço público impróprio. Quando prestada pelo particular, o Estado pode fomentar, pela outorga de auxílios ou subvenções, que se formaliza mediante convênio" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 250).

[428] SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Op. cit., p. 83.

federadas, especialmente quando, além de em seu § 1º, *"b",* fazer esta expressa menção, em sua alínea *"c"* reservar os *contratos* e as *concessões* para as descentralizações da Administração Federal para a órbita privada, nos seguintes termos:

> Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.
> § 1º A descentralização será posta em prática em três planos principais:
> a) dentro dos quadros da Administração Federal, distinguindo-se claramente o nível de direção do de execução;
> b) da Administração Federal para a das unidades federadas, quando estejam devidamente aparelhadas e mediante convênio;
> c) da Administração Federal para a órbita privada, mediante contratos ou concessões.

Através do Decreto Federal n. 93.872/86, artigo 48, abriu-se a possibilidade de os órgãos e entidades da administração federal firmarem convênios, acordo ou ajuste com *organizações particulares* para a execução cooperada de serviços de interesse recíproco, ficando claro em seu § 1º que em não se tratando de *interesse recíproco* estaria desfigurado o instituto do convênio, acordo ou ajuste, para a figura do contrato.[429]

A partir deste momento, portanto, instituiu-se a possibilidade da assinatura de convênios entre os entes da Administração Pública e organizações particulares – dentre as quais aquelas inseridas no conceito de Terceiro Setor – com vistas à execução cooperada de serviços de interesse recíproco.

Os convênios entre entes públicos e organizações privadas inserem-se no contexto das atividades de fomento de parte do Estado, ou seja, aquelas atividades destinadas a incentivar a atuação da iniciativa privada em temas de relevante interesse público. Em áreas em que o Estado está incumbido de desenvolver atividades prestacionais de interesse público, mas que a iniciativa privada também detém titularidade (serviços públicos impróprios), o Estado fomenta a participação privada através de ferramentas financeiras, tributárias, etc. No caso dos convênios, o Estado destina verbas à atividade privada de interesse público, considerando que o resultado desta atividade é de interesse comum entre os convenentes.

Embora a Constituição Federal de 1988 não preveja expressamente a possibilidade de convênios firmados entre a Administração Pública e organizações privadas num âmbito

---

[429] "Art . 48. Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades de administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste. § 1º Quando os participantes tenham interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste, e de outro lado a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato".

geral, a doutrina encontra fundamento para a sua recepção no seu artigo 23, parágrafo único[430], "como instrumento de *cooperação associativa*"[431]. Como ressalta Hely Lopes Meirelles,

> pela interpretação do texto constitucional e pela defeituosa redação da norma federal ordinária [Dec.-lei 200/67], tem-se a impressão de que o convênio só é admissível entre entidades estatais, para execução por seus agentes, quando, na realidade, a possibilidade de tais acordos é ampla, entre quaisquer pessoas ou organizações públicas ou particulares que disponham de meios para realizar os objetivos comuns, de interesse recíproco dos partícipes.[432]

Também o artigo 199, § 1º, embora em âmbito especificamente relacionado à saúde, prevê a possibilidade de convênio entre a Administração Pública e instituições privadas

> Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.
> § 1º - As instituições privadas poderão participar de forma complementar do sistema único de saúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos.

No entanto, mesmo que de forma tímida e não muito clara, alguns importantes diplomas legais trataram de inserir estes convênios em nosso mundo jurídico, embora de forma tão sutil que cause interpretações diversas.[433]

Veja-se que após a legislação antes citada há menção à figura dos convênios em alguns diplomas legais, no mais das vezes sutis quanto aos convênios entre órgãos públicos e entidade privadas.

A Lei n. 8.666/93, por exemplo, em seu artigo 116, assim dispõe: "Art. 116. Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração". Considerando que esta lei estabelece normas gerais sobre contratos administrativos e considera "contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da

---

[430] "Parágrafo único. Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional". (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 53, de 2006)

[431] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 26ª ed. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 378, destaque no original.

[432] Ibidem, p. 378.

[433] "No que diz respeito ao impulso legislativo que motivou a edição das normas disciplinadoras dos convênios, tem-se a impressão, da leitura de seus dispositivos, que a atenção do legislador estava exclusivamente voltada para as verbas a serem repassadas pela União aos Estados e Municípios, "esquecendo-se" o formulador dos atos normativos abaixo indicados de mencionar as entidades privadas nas definições dos referidos ajustes." (SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Op. cit., p. 83).

Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada" (artigo 2º, parágrafo único), imperativo reconhecer que a lei faz menção subliminar aos convênios público-privados. Afinal de contas, tais convênios são acordos de vontade celebrados por órgãos ou entidades da Administração com particulares.[434]

Da mesma forma a Instrução Normativa n. 01/1997, da Secretária do Tesouro Nacional, que embora atue no plano infralegal é um dos principais diplomas norteadores da disciplina dos convênios em nosso país, parece não abranger os convênios público-privados, mas sutilmente o faz. Veja-se o seu artigo 1º:

> Art. 1º A celebração (assinatura de termo de convênio) e a execução de convênio de natureza financeira, para fins de execução descentralizada de Programa de Trabalho de responsabilidade de órgão ou entidade da Administração Pública Federal, direta ou indireta, serão efetivadas nos termos desta Instrução Normativa.
> § 1º Para fins desta Instrução Normativa, considera-se:
> I - convênio - instrumento qualquer que discipline a transferência de recursos públicos e tenha como partícipe órgão da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista que estejam gerindo recursos dos orçamentos da União, visando à execução de programas de trabalho, projeto/atividade ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação;
> II - concedente - órgão da administração pública federal direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista, responsável pela transferência dos recursos financeiros ou pela descentralização dos créditos orçamentários destinados à execução do objeto do convênio;
> III - convenente - órgão da administração pública direta, autárquica ou fundacional, empresa pública ou sociedade de economia mista, de qualquer esfera de governo, ou organização particular com a qual a administração federal pactua a execução de programa, projeto/atividade ou evento mediante a celebração de convênio.

Resumindo a análise deste dispositivo, o *caput* e o § 1º, I e II, tratam de definir o pólo ativo do repasse financeiro: necessariamente órgão da administração pública federal direta ou indireta. E o inciso III define os possíveis integrantes do pólo passivo do convênio, dentre os quais inclui o vocábulo *organização particular*.

Mais recentemente foi aprovado o Decreto n. 6.170/2007, que "dispõe sobre as normas relativas às transferências de recursos da União mediante convênios e contratos de repasse, e dá outras providências". Regulamentando o artigo 10, do Decreto-lei n. 200/67 (que como visto não faz menção aos convênios público-privados), o artigo 116, da Lei n. 8666/93 (que pode ser interpretado como abrangendo esta figura) e o artigo 25, da Lei n. 101/2000 (que também não faz menção à forma conveniada entre o Poder Público e

---

[434] Não queremos significar, com isso, que se aplica o regime das licitações aos convênios, como será tratado posteriormente.

entidades privadas)[435], referido Decreto é expresso em regulamentar os convênios público-privados em seu artigo 1º:

> Art. 1º Este Decreto regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco que envolvam a transferência de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.

Importante definição é trazida pelo § 1º, I, deste Decreto, ao dispor:

> § 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:
> I - convênio - acordo, ajuste ou qualquer outro instrumento que discipline a transferência de recursos financeiros de dotações consignadas nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União e tenha como partícipe, de um lado, órgão ou entidade da administração pública federal, direta ou indireta, e, de outro lado, órgão ou entidade da administração pública estadual, distrital ou municipal, direta ou indireta, ou ainda, entidades privadas sem fins lucrativos, visando a execução de programa de governo, envolvendo a realização de projeto, atividade, serviço, aquisição de bens ou evento de interesse recíproco, em regime de mútua cooperação;

Assim como no Decreto n. 93.872/1986, o conceito trazido por este dispositivo traz a nota principal de distinção entre os *convênios* e os *contratos:* o *interesse recíproco* e a *mútua cooperação.*

E é exatamente aí que diferem, no ponto nodal, os convênios dos contratos. Embora ambos possam ser considerados como *acordos de vontades,* fato é que o *convênio* e o *contrato* são figuras distintas e de características próprias.[436]

Consoante a clássica lição de Hely Lopes Meirelles, "*convênios administrativos* são acordos firmados por entidades públicas de qualquer espécie, ou entre estas e organizações particulares, para realização de objetivos de interesse comum dos partícipes".[437] Diferem os institutos, assim, principalmente, em razão dos *interesses* envolvidos em cada qual;

---

[435] "Art. 25. Para efeito desta Lei Complementar, entende-se por transferência voluntária a entrega de recursos correntes ou de capital a outro ente da Federação, a título de cooperação, auxílio ou assistência financeira, que não decorra de determinação constitucional, legal ou os destinados ao Sistema Único de Saúde".

[436] "O convênio tem em comum com o contrato o fato de ser um acordo de vontades. Mas é um acordo de vontades com características próprias" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 246).

[437] MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro.** 26ª ed. São Paulo : Malheiros, 2001, p. 377.

enquanto no contrato os interesses são "opostos e contraditórios"[438], no convênio os interesses são recíprocos.[439]

Além deste ponto de distinção entre os convênios e os contratos, podem ainda ser apontados outros critérios que auxiliam na diferenciação, de modo a fazer aplicação do correto regime jurídico ao caso concreto.[440] "Nossas Administrações, entretanto, têm confundido, em muitos casos, o *convênio* com o *contrato administrativo,* realizando este em lugar e com a denominação daquele, o que dificulta sua interpretação e execução".[441]

São figuras juridicamente distintas e sujeitas a regimes jurídicos próprios, portanto devem ser aplicadas adequadamente sob pena de desvirtuamento. Ocorre com bastante freqüência a utilização pela Administração Pública de instrumentos conveniais para relações de nítida natureza contratual, mormente com vistas a escapar dos rígidos procedimentos de escolha dos contratados, de utilização das verbas repassadas, etc..

Uma das características marcantes dos convênios, que decorre justamente do fato de serem firmados para fins de *mútua colaboração,* é a impossibilidade de se falar em

---

[438] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 246.

[439] "*Convênio* é acordo, mas não é contrato. No contrato as partes têm interesses diversos e opostos; no convênio os partícipes têm interesses comuns e coincidentes. Por outras palavras: no *contrato* há sempre duas partes (podendo ter mais de dois signatários), uma que pretende o objeto do ajuste (a obra, o serviço etc.), outra que pretende a contraprestação correspondente (o preço, ou qualquer outra vantagem), diversamente do que ocorre no *convênio*, em que não há partes, mas unicamente *partícipes* com as mesmas pretensões. Por essa razão, no convênio a posição jurídica dos signatários é uma só, idêntica para todos, podendo haver apenas diversificação na cooperação de cada um, segundo suas possibilidades, para a consecução do objetivo comum, desejado por todos" (MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 377, destaques no original). "O convênio é um instrumento largamente utilizado pelo Poder Público quando se une a outros entes, públicos ou privados, em regime de colaboração, almejando objetivos *comuns,* ainda que cada *partícipe* possua obrigações distintas de acordo com suas possibilidades, segundo partilha definida no instrumento convenial. Há, pois, no convênio, efetiva **cooperação** entre os partícipes, não sendo caracterizado pela comutatividade, típica dos contratos, quando o interesse dos contratantes se revela contraposto, ou seja, cada parte tem objetivos e finalidades distintos (embora, nem por isso se autorize o afastamento da noção de parceria)" (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parceria para divulgação do desporto. In: _____. **Direito administrativo das parcerias.** Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2005, p. 165, destaques no original). "O convênio consiste numa avença em que dois ou mais sujeitos, sendo ao menos um deles integrante da Adminsitração Pública, comprometem-se a atuar de modo conjugado para a satisfação de necessidades de interesse coletivo, sem intento de cunho lucrativo" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2006, p. 293)."Diz-se que as vontades das partes no contrato são contrapostas, de modo que o resultado de sua conjugação forma uma terceira vontade, a vontade contratual. Já nos convênios há homogeneidade de interesses, de modo que um único objetivo passa a ser buscado por meio da soma de esforços" (MÂNICA, Fernando Borges. Negócio jurídico para a prestação de serviços por entidade do terceiro setor: natureza jurídica, requisitos, critérios e procedimento para a celebração do ajuste. **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS,** Belo Horizonte : Fórum, ano 1, n. 2, jul.-dez. 2007, p. 145).

[440] Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., pp. 247-248.

[441] MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., p. 378, destaques no original. "Há de se ressaltar que têm sido, equivocadamente, firmados convênios em vez de contratos, com o simples intuito de fuga do procedimento licitatório, ou mesmo por desconhecimento das reais possibilidades de uso de cada instituto" (VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública:** uma análise crítica. Belo Horizonte : Fórum, 2006, p. 237). "Entretanto, é de se reconhecer que a questão é complexa e grande parte da doutrina adota entendimento ampliativo do convênio. Daí a utilização muitas vezes indevida de tal figura, em substituição ao contrato, como tentativa de fuga aos ditames que regem a contratualização administrativa" (MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 147).

remuneração ou preço. O Estado não remunera o particular para o desempenho de uma atividade de seu interesse, justamente porque o convênio se presta a formalizar um regime de cooperação entre Estado e particular na busca de um interesse comum. Embora seja comum o repasse de verbas do Poder Público para a entidade convenente, este repasse não se caracteriza como contraprestação ou preço de serviços prestados, mas uma das formas de expressão da mútua cooperação compreendida no convênio.

> No caso do convênio, se o conveniado recebe determinado valor, este fica vinculado ao objeto do convênio durante toda sua execução, razão pela qual o executor deverá demonstrar que referido valor está sendo utilizado em consonância com os objetivos estipulados. Como não há comutatividade de valores, não basta demonstrar o resultado final obtido; é necessário demonstrar que todo o valor repassado foi utilizado na consecução daquele resultado. Vale dizer que o dinheiro assim repassado não muda sua natureza por força do convênio; ele é transferido e utilizado pelo executor do convênio, mantida sua natureza de dinheiro público (no sentido de que está destinado a fim público).[442]

Diferentemente do contrato, em que a Administração paga ao contratado o preço dos serviços prestados e àquela não importa a que título o dinheiro foi utilizado pelo particular, no convênio o repasse financeiro é feito estritamente para a utilização no objeto do convênio de acordo com os pactos celebrados.[443]

Aliás, a vedação à remuneração através dos convênios está prevista expressamente na Portaria Interministerial MP/MF/CGU n. 127/08, que regulamenta o Decreto n. 6.170/70, quando impede a inclusão de cláusula convenial relativa ao pagamento de *taxa de administração*[444]*, de gerência ou similar,* nos seguintes termos:

> Art. 39. O convênio ou contrato de repasse deverá ser executado em estrita observância às cláusulas avençadas e às normas pertinentes, inclusive esta Portaria, sendo vedado:
> I - realizar despesas a título de taxa de administração, de gerência ou similar.

---

[442] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p. 251.

[443] "Essa necessidade de controle se justifica em relação aos convênios precisamente por não existir neles a reciprocidade de obrigações presente nos contratos; as verbas repassadas não têm a natureza de preço ou remuneração que uma das partes paga à outra em troca de benefício recebido. Dessa distinção resulta uma conseqüência: no contrato, a Administração paga uma remuneração em troca de uma obra, um serviço, um projeto, um bem, de que necessita; essa obra, serviço, projeto ou bem entra para o patrimônio público e o valor pago pela Administração entra para o patrimônio do contratado; a forma como este vai utilizar esse valor deixa de interessar ao Poder Público; aquele valor deixou de ser dinheiro público no momento em que entrou para o patrimônio privado; vale dizer que o interesse do Poder Público se exaure com a entrega definitiva do objeto do contrato nas condições estipuladas" (ibidem, p. 251).

[444] Cf. sobre o tema OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Taxa de administração prevista em contratos de gestão firmados com organizações sociais: típicos instrumentos de fomento público para entidades do terceiro setor. **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS,** Belo Horizonte : Fórum, ano 3, n. 5, jan.-jun. 2009, pp. 117-141.

O conceito de *taxa de administração,* que não consta da legislação regente da matéria, pode ser apropriado da interpretação do Tribunal de Contas da União, que a entende como "a remuneração supostamente devida à entidade conveniada pelo gerenciamento das atividades previstas no convênio, calculada na forma de um percentual sobre o total do montante de recursos públicos repassado"[445]. A taxa de administração, que teria conteúdo remuneratório ou contraprestacional da atividade assumida pelo particular no convênio é expressamente rechaçada pela legislação que regula a matéria.

Além disso, o próprio custeio das atividades desenvolvidas pela entidade privada convenente está limitado pela legislação. Dos repasses públicos feitos com justificativa no convênio firmado, embora instituída de forma discutível, somente 15% do valor pode ser gasto com despesas administrativas da entidade, o que envolve a remuneração dos funcionários vinculados diretamente às atividades do convênio (previstas no plano de trabalho inclusive).[446] É o que dispõe o parágrafo único, do artigo 39, da mesma Portaria Interministerial: "Parágrafo único. Os convênios ou contratos de repasse celebrados com entidades privadas sem fins lucrativos, poderão acolher despesas administrativas até o limite de quinze por cento do valor do objeto, desde que expressamente autorizadas e demonstradas no respectivo instrumento e no plano de trabalho".

Outra conseqüência da natureza própria dos convênios como acordo de vontades em que as partes buscam um resultado comum, com interesses próprios e mútua colaboração, é o fato de que "não há vinculação contratual ou cláusula de permanência obrigatória".[447] Neste sentido,

> as relações formalizadas pela via do convênio são dotadas de relativa instabilidade e em regra não geram efeitos vinculantes para as partes, uma vez que a qualquer momento qualquer dos partícipes pode denunciá-lo, ficando os convenentes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que dele participaram voluntariamente, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes, nos termos do revogado art. 57 do Decreto n. 93.872/86.[448]

---

[445] Cf. Acórdãos 235/03, 1146/03, 191/99, 1542/08.

[446] A Comissão Gestora do SICONV, em reunião ocorrida em 27/03/2009, aprovou Nota Técnica esclarecendo a limitação de 15% para despesas administrativas. Disponível em: <https://www.convenios.gov.br/portal/arquivos/Orientacoes_Normativas_sobre_Despesas_Administrativas.pdf>. Acesso em: 16 abr. 2010.

[447] MÂNICA, Fernando Borges. Negócio jurídico para a prestação de serviços por entidade do terceiro setor: natureza jurídica, requisitos, critérios e procedimento para a celebração do ajuste. **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS,** Belo Horizonte : Fórum, ano 1, n. 2, jul.-dez. 2007, p. 146.

[448] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. Taxa de administração prevista em contratos de gestão firmados com organizações sociais: típicos instrumentos de fomento público para entidades do terceiro setor. **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS,** Belo Horizonte : Fórum, ano 3, n. 5, jan.-jun. 2009, p. 138.

É, aliás, o texto do artigo 12 do Decreto n. 6.170/2007:

> Art. 12. O convênio poderá ser denunciado a qualquer tempo, ficando os partícipes responsáveis somente pelas obrigações e auferindo as vantagens do tempo em que participaram voluntariamente do acordo, não sendo admissível cláusula obrigatória de permanência ou sancionadora dos denunciantes.

Outra conseqüência importante decorrente da característica dos convênios advém da desnecessidade de licitação para a sua assinatura. Isto porque "o convênio envolve uma cooperação de esforços, de livre adesão, para a consecução de objetivos comuns, que singulariza o objeto e torna desnecessária a licitação na eleição do parceiro privado".[449] De fato, os convênios se enquadram no antes analisado conceito de *inviabilidade de competição,* uma vez que nele não há proveito econômico (remuneração ou preço).

Mais do que isso, quer nos parecer que a própria Lei n. 8.666/93 não tem a intenção de aplicar as exigências do procedimento licitatório aos convênios. A análise vem da leitura conjugada do artigo 2º, que em seu parágrafo único define a figura dos *contratos* sujeitos à licitação, com a análise do artigo 116, que ressalva a aplicação da lei *no que couber* aos convênios.

Sendo mais específico, o artigo 2º é expresso em dizer que os contratos da Administração Pública com terceiros serão precedidos de licitação, seja qual for a denominação utilizada, o que significa dizer que todo acordo de vontades da Administração Pública que tenha conteúdo contratual está sujeito a licitação. Também implica dizer que todo acordo de vontade da Administração Pública que *não* tenha conteúdo contratual *não* está sujeito a licitação. Desta forma, não precisaria outro dispositivo para dizer que para os *convênios* e outros instrumentos de natureza não contratual não estariam sujeitos à licitação. No entanto, veio o artigo 116 e fez a ressalva de que a lei só se aplica aos *convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres,* todos eles de natureza não contratual, *no que couber.* Conclusão é que o artigo 2º não se aplica aos instrumentos citados no artigo 116 por não terem natureza contratual e, ressalve-se, *quando* não tenham natureza contratual. A ressalva é importante porque "não obstante a denominação de 'convênio', ou 'protocolo de intenções', ou 'termo de compromisso', ou

---

[449] SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das parcerias.** Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2005, p. 167. "Enquanto os contratos abrangidos pela Lei n. 8.666 são necessariamente precedidos de licitação – com as ressalvas legais – no convênio não se cogita de licitação, pois não há viabilidade de competição quando não se trata de mútua colaboração, sob variadas formas, como repasse de verbas, uso de equipamentos, de recursos humanos, de imóveis, de *know-how.* Não se cogita de remuneração que admita competição" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Temas polêmicos sobre licitações e contratos.** 4ª ed. São Paulo : Malheiros, 2000, p. 310).

outra qualquer semelhante, se do ajuste resultarem obrigações recíprocas, com formação de vínculo contratual, a licitação será necessária, sob pena de ilegalidade".[450]

Oportuna a citação de decisões proferida pelo Tribunal de Contas da União a este respeito:

> Em se tratando de convênio, por razões de ordem lógica, seria inexigível o procedimento licitatório, não pelos motivos do art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93 (dispensa), mas pelo fato da inviabilidade de competição. Seria um caso de mútua colaboração ou da própria política de fomento, como ressaltado doutrinariamente pela administrativista Maria Sylvia Zanella Di Pietro, na obra Direito Administrativo, 12ª ed., SP, Atlas, 2000, p.287.[451]

> Para aquisição de medicamentos fabricados pelos Laboratórios Oficiais, bem como dos demais produtos por eles processados, a existência de interesses recíprocos entre as partes que podem ser alcançados em regime de mútua cooperação viabiliza a utilização de convênio, descartada a necessidade de licitação, porque não existe na Lei n. 8.666/93 qualquer dispositivo que coloque o procedimento licitatório como antecedente necessário ao convênio.[452]

No entanto, oportuno salientar que o afastamento da exigência de submissão ao procedimento licitatório não significa a desnecessidade de a Administração Pública pautar a escolha do parceiro privado com base nos princípios da impessoalidade, da moralidade, isonomia, publicidade, a que está sujeita.E assim expomos para defender a necessidade de a Administração Pública levar a cabo, quando o objeto do convênio permitir que mais de um interessado se habilite, processo de seleção que identifique o projeto mais adequado aos interesses comuns buscados.

Embora em relação aos convênios seja usual defender que a inviabilidade de competição decorrente da reciprocidade de interesses afasta o regime licitatório, temos para nós que a pluralidade de entidades capacitadas a realizar o interesse público objeto do convênio leva à pluralidade de projetos para alcançar o fim almejado, exigindo que a Administração Pública realize procedimento de seleção do projeto mais adequado.[453]

---

[450] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Ibidem, p. 310. Como denuncia Odete Medauar, "alguns casos ocorrem na prática, nos quais, a título de convênio, obras são contratadas sem licitação e pessoas são investidas em funções e empregos públicos sem concurso ou seleção" (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 10ª ed. São Paulo : RT, 2006, p. 228).

[451] Tribunal de Contas da União, Acórdão n. 10/2002, Processo 010.518/2001-4, DOU 27/02/2002.

[452] Tribunal de Contas da União, Decisão n. 287/96, Processo 020.069/93-6, Relator Min. Iram Saraiva, DOU 17/06/1996.

[453] É, em certa medida, o entendimento de Odete Medauar, embora entenda pela aplicação da licitação nestes casos: "No entanto, se a Administração pretender realizar convênio para resultado e finalidade que poderão ser alcançados por muitos, deverá ser realizada licitação ou se abrir a possibilidade de conveniar sem limitação, atendidas as condições fixadas genericamente; se assim não for, haverá ensejo para burla, acobertada pela acepção muito ampla que se queira dar aos convênios" (MEDAUAR, Odete. Op. cit., p. 228). Marcos Juruena Villela Souto sugere a adoção de um *procedimento simplificado* para evitar o *risco de*

Há que se convir, no entanto, que em determinadas hipóteses a especificidade do objeto do convênio realmente o insere na hipótese de inviabilidade de competição, especialmente quando não envolve repasse de recursos. Um exemplo seria a assinatura de convênio entre Escola Pública Municipal e entidade sem fins lucrativos da região, para a utilização, por esta, da quadra de esportes da escola no período de contraturno para o desenvolvimento de atividades esportivas para os seus atendidos. Ou mesmo convênio que envolva repasse de recursos para a aquisição de computadores, por esta mesma entidade, para aparelhar uma sala de informática para uso de seus assistidos. Concordamos parcialmente, neste ponto, com Odete Medauar quando ensina que "no tocante aos convênios entre órgãos e entes estatais e entidades particulares, o que, sobretudo, fundamenta a desobrigação de licitação é a especificidade do objeto e da finalidade"[454], com a ressalva de que entendemos suficiente processo de seleção da entidade parceira não necessariamente conforme a Lei n. 8.666/93.

Outro tema que envolve os convênios e as licitações diz respeito à exigência contida no artigo 27, da Instrução Normativa STN n. 01/1997, com a redação dada pela Instrução Normativa STN n. 03/2003 por sugestão do Acórdão n. 1070/2003, do Tribunal de Contas da União[455]. O dispositivo vem no seguinte sentido:

> Art. 27. O convenente, ainda que entidade privada, sujeita-se, quando da execução de despesas com os recursos transferidos, às disposições da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, especialmente em relação a licitação e contrato, admitida a modalidade de licitação prevista na Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, nos casos em que especifica.[456]

---

argüição de fuga ao regime publicístico: "Nessa linha, não haveria impedimento de se adotar um procedimento simplificado, porém aberto e transparente para a escolha de parceiros, sem, contudo, se submeter aos formalismos da Lei n. 8.666/93" (SOUTO, Marcos Juruena Villela. Parceria para divulgação do desporto. In: _____. **Direito administrativo das parcerias.** Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2005, p. 194). Tarso Cabral Violin também segue neste sentido: "Além disso, concordamos que existindo mais de um interessado em situação de igualdade, com interesse em firmar convênio com a Administração Pública, não poderá o administrador, sem qualquer motivação, escolher sua entidade 'preferida'. Nessa situação, para o melhor atendimento do interesse público e princípios como o da moralidade, isonomia, publicidade, a Administração está vinculada a realizar *processo de escolha,* com divulgação da intenção de firmar o convênio, e seleção por meio de critérios pré-definidos" (VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública:** uma análise crítica. Belo Horizonte : Fórum, 2006, p. 249).

[454] MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno.** 10ª ed. São Paulo : RT, 2006, p. 228.

[455] Tribunal de Contas da União, Plenário, Processo n. 003.361/2002-2, Acórdão n. 1.070/2003, Rel. Min. Ubiratan Aguiar, DOU 18/08/2003.

[456] A redação anterior do dispositivo era a seguinte: "Art. 27 - Quando o convenente integrar a administração pública, de qualquer esfera do governo, deverá, obrigatoriamente sujeitar-se às disposições da Lei nº 8666/93, especialmente naquilo que se refira a licitação e contrato. Parágrafo único - o convenente entidade privada não sujeita a Lei nº 8.666/93, deverá , na execução das despesas com recursos recebidos em transferências, adotar procedimentos análogos aos estabelecidos pela referida lei."

No mesmo sentido, desta feita se apropriando de sugestão do Acórdão n. 353/05, do Tribunal de Contas da União, foi aprovado o Decreto n. 5.504/2005, que sob o fundamento de regulamentar o artigo 116, da Lei n. 8.666/93, exige a inserção de cláusula obrigando a sujeição da utilização de verbas públicas repassadas ao parceiro privado ao processo de licitação pública, especificamente o pregão, de preferência eletrônico (próprio ou de terceiros).[457]

Posteriormente, no entanto, o Decreto n. 6.170/2007, em seu artigo 11, simplificou esta exigência ao prever a suficiência de *cotação prévia de preços no mercado,* nos seguintes termos:

> Art. 11. Para efeito do disposto no art. 116 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, a aquisição de produtos e a contratação de serviços com recursos da União transferidos a entidades privadas sem fins lucrativos deverão observar os princípios da impessoalidade, moralidade e economicidade, sendo necessária, no mínimo, a realização de cotação prévia de preços no mercado antes da celebração do contrato.

Embora do Decreto n. 6.170/2007 não conste revogação expressa do Decreto n. 5.504/2005, por ser aquela norma posterior e de igual hierarquia, tratando do mesmo tema, podemos considerar revogado este Decreto quanto a este assunto.

Em largas passadas, este é o regime aplicável aos convênios firmados pela Administração Pública, cujas características, indene de dúvidas, fazem com que se configurem como importantes ferramentas de fomento às atividades desenvolvidas pelo Terceiro Setor.

4.4 Contratos de Repasse

---

[457] "Art. 1º Os instrumentos de formalização, renovação ou aditamento de convênios, instrumentos congêneres ou de consórcios públicos que envolvam repasse voluntário de recursos públicos da União deverão conter cláusula que determine que as obras, compras, serviços e alienações a serem realizadas por entes públicos ou privados, com os recursos ou bens repassados voluntariamente pela União, sejam contratadas mediante processo de licitação pública, de acordo com o estabelecido na legislação federal pertinente. § 1º Nas licitações realizadas com a utilização de recursos repassados nos termos do caput, para aquisição de bens e serviços comuns, será obrigatório o emprego da modalidade pregão, nos termos da Lei nº 10.520, de 17 de julho de 2002, e do regulamento previsto no Decreto nº 5.450, de 31 de maio de 2005, sendo preferencial a utilização de sua forma eletrônica, de acordo com cronograma a ser definido em instrução complementar. § 2º A inviabilidade da utilização do pregão na forma eletrônica deverá ser devidamente justificada pelo dirigente ou autoridade competente. § 3º Os órgãos, entes e entidades privadas sem fins lucrativos, convenentes ou consorciadas com a União, poderão utilizar sistemas de pregão eletrônico próprios ou de terceiros. § 4º Nas situações de dispensa ou inexigibilidade de licitação, as entidades privadas sem fins lucrativos, observarão o disposto no art. 26 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, devendo a ratificação ser procedida pela instância máxima de deliberação da entidade, sob pena de nulidade".

Outra ferramenta possível para instrumentalizar as chamadas transferências voluntárias para o Terceiro Setor é a utilização dos *contratos de repasse,* através do qual os recursos da União são transferidos para as demais pessoas políticas e entidade privadas por intermédio de instituições ou agências financeiras oficiais federais, destinados à execução de programas governamentais.[458] As agências financeiras oficiais atuam como mandatárias da União para fiscalização e execução das transferências de recursos da União.

Conforme nos dá conta Natasha Schmitt Caccia Salinas, o

> contrato de repasse aplicável às entidades sem fins lucrativos surgiu com o advento da LDO para o exercício de 2006, que introduziu uma sistemática na qual a União passou a transferir voluntariamente recursos a entes privados por intermédio de instituição financeira oficial.[459]

Foi, portanto, a Lei n. 11.178/2005 que estendeu a possibilidade de utilização dos contratos de repasse para as transferências financeiras para entidades privadas, especificamente em seu artigo 111 que estabelece:

> Art. 111. As transferências financeiras para órgãos públicos e entidades públicas e privadas poderão ser feitas por intermédio de instituições e agências financeiras oficiais, que atuarão como mandatárias da União para execução e fiscalização, devendo a nota de empenho ser emitida até a data da assinatura do respectivo acordo, convênio, ajuste ou instrumento congênere.

A partir de então, o instrumento criado pela Lei n. 9.082/95[460] e regulamentado pelo Decreto n. 1.819/96[461] exclusivamente para as transferências entre a União e as demais

---

[458] Decreto n. 6.170/2007: "§ 1º Para os efeitos deste Decreto, considera-se: (...) II - contrato de repasse - instrumento administrativo por meio do qual a transferência dos recursos financeiros se processa por intermédio de instituição ou agente financeiro público federal, atuando como mandatário da União". "Como decorrência da celebração do contrato de repasse entre União e instituição financeira, esta passou a atuar como mandatária daquela, tornando-se responsável pelo acompanhamento da execução e fiscalização dos programas ou projetos vinculados à realização de programas governamentais não decorrentes de determinação constitucional ou legal nem destinados ao SUS ('Sistema Único de Saúde')" (SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. **Avaliação legislativa no Brasil: um estudo de caso sobre as normas de controle das transferências voluntárias de recursos públicos para entidades do terceiro setor.** Dissertação de mestrado. São Paulo, Faculdade de Direito da USP, 2008, p. 87).

[459] SALINAS, Natasha Schmitt Caccia. Ibidem, p. 87. Continua a autora: "O contrato de repasse vinha sendo aplicado a entes públicos, no entanto, desde sua criação, com a edição da LDO para o exercício de 1996 e a publicação do Decreto n. 1.819, de 16 de fevereiro de 1996, que a regulamentou" (ibidem, p. 87).

[460] "Art. 18. As transferências de recursos da União, consignadas na lei orçamentária anual, para Estados, Distrito Federal ou Municípios, a qualquer título, inclusive auxílios financeiros e contribuições, serão realizadas exclusivamente mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, na forma da legislação vigente, ressalvadas aquelas decorrentes de recursos originários da repartição de receitas previstas em legislação específica e as repartições de receitas tributárias e as destinadas a atender a estado de calamidade pública legalmente reconhecido mediante ato ministerial, e dependerão da unidade beneficiada comprovar, no ato da assinatura do instrumento original que:(Redação dada pela Lei nº 10.210, de 23.3.2001)

pessoas políticas passou a ser admitido para os repasses para as entidades privadas, através das instituições financeiras como mandatárias da União.

De acordo com a regulamentação, o Ministério responsável pela execução do programa ou projeto objeto do repasse deve firmar termo de cooperação com instituição ou agência financeira oficial federal, que atuará como sua mandatária, efetuando o repasse para a entidade privada.

A Instrução Normativa n. 01/97 já previa que os contratos de repasse estavam sujeitos à mesma regulamentação dos convênios, quando o parágrafo único do seu artigo 39 estabelecia o seguinte: "Parágrafo único. As disposições desta Instrução Normativa aplicam-se no que couber ao 'contrato de repasse' a que se refere o Decreto nº 1.819, de 16.02.96, que se equipara à figura do convênio, conceituada no inciso I, do art. 1º". O Decreto n. 6.170/2007 confirmou este fato ao dispor que:

> Art. 1º Este Decreto regulamenta os convênios, contratos de repasse e termos de cooperação celebrados pelos órgãos e entidades da administração pública federal com órgãos ou entidades públicas ou privadas sem fins lucrativos, para a execução de programas, projetos e atividades de interesse recíproco que envolvam a transferência de recursos oriundos do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União.

Salvo algumas regras específicas destinadas aos contratos de repasse constantes deste Decreto, a regulamentação é a mesma dos convênios e os comentários feitos no tópico anterior servem para o presente instrumento.

4.5 Termos de Parceria

Saindo da esfera dos instrumentos tradicionalmente considerados como aptos a efetivar as parcerias da Administração Pública (contratos e convênios) e que se aplicam à atividade do Terceiro Setor por empréstimo, insta conhecer a única ferramenta criada especificamente para estabelecer relações de parceria entre a Administração Pública e o Terceiro Setor.

---

§ 4º As transferências previstas neste artigo poderão ser feitas por intermédio de instituições e agências financeiras oficiais, que atuarão como mandatárias da União para execução e fiscalização".

[461] "Art. 2° As transferências de que trata o artigo anterior poderão ser feitas por intermédio de instituições ou agências financeiras oficiais federais, que atuarão como mandatárias da União. Parágrafo único. Na hipótese deste artigo o Ministério competente para a execução do programa ou projeto deverá firmar, com a instituição ou agência financeira escolhida, o respectivo instrumento de cooperação, em que serão fixados, dentre outros, os limites de poderes outorgados. Art. 3° A transferência dos recursos pelos mandatários será efetuada mediante contrato de repasse, do qual constarão os direitos e obrigações das partes, inclusive quanto à obrigatoriedade de prestação de contas perante o Ministério competente para a execução do programa ou projeto".

Inserida no contexto da chamada reforma do marco legal do Terceiro Setor[462], através da Lei n.º 9.790, de 23 de março de 1999[463], foi instituída qualificação destinada às pessoas jurídicas de direito privado intitulada com o acrônimo Oscip, ou seja, *organização da sociedade civil de interesse público*.

Conforme dispõe o art. 1º da referida lei, "podem qualificar-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público as pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, desde que os respectivos objetivos sociais e normas estatutárias atendam aos requisitos instituídos por esta Lei".[464]

Esta Lei n.º 9.790/99 (*organizações da sociedade civil de interesse público*) foi instituída com o fim de possibilitar o desenvolvimento de setores considerados de interesse público, com a atuação direta da iniciativa privada mediante termo de parceria com o Poder Público, conforme estabelece seu artigo 9º.[465]

A técnica legislativa adotada foi a de anteriormente excepcionar as pessoas jurídicas que não podem se enquadrar como OSCIP, através de seu artigo 2º que ora se transcreve por imprescindível:

> Art. 2º Não são passíveis de qualificação como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, ainda que se dediquem de qualquer forma às atividades descritas no art. 3º desta Lei:
> I – as sociedades comerciais;
> II – os sindicatos, as associações de classe ou de representação de categoria profissional;
> III – as instituições religiosas ou voltadas para a disseminação de credos, cultos, práticas e visões devocionais e confessionais;
> IV – as organizações partidárias e assemelhadas, inclusive suas fundações;
> V – as entidades de benefício mútuo destinadas a proporcionar bens ou serviços a um círculo restrito de associados ou sócios;
> VI – as entidades e empresas que comercializam planos de saúde e assemelhados;
> VII – as instituições hospitalares privadas não gratuitas e suas mantenedoras;
> VIII – as escolas privadas dedicadas ao ensino formal não gratuito e suas mantenedoras;

---

[462] Escrevendo ainda antes da edição da Lei n.º 9.790/99, Paulo Modesto (MODESTO, Paulo. Reforma do marco legal do terceiro setor no Brasil. In: FALCÃO, Joaquim; CUENCA, Carlos (org.). **Mudança social e reforma legal:** estudos para uma nova legislação do Terceiro Setor. Brasília : Conselho da Comunidade Solidária : UNESCO : BID : FBB, 1999, p. 150) assim se manifestou: "A mais nova proposta de alteração do marco legal das organizações do Terceiro Setor no Brasil é o recentíssimo projeto de lei *sobre organizações da sociedade civil de caráter público,* que tenta também esvaziar na prática o título de utilidade pública".

[463] Regulamentada pelo Decreto n.º 3.100, de 30 de junho de 1999.

[464] O conceito de *sem fins lucrativos* é trazido pelo próprio artigo 1º: "§ 1º Para os efeitos desta Lei, considera-se sem fins lucrativos a pessoa jurídica de direito privado que não distribui, entre os seus sócios ou associados, conselheiros, diretores, empregados ou doadores, eventuais excedentes operacionais, brutos ou líquidos, dividendos, bonificações, participações, ou parcelas do seu patrimônio, auferidos mediante o exercício de suas atividades, e que os aplica integralmente na consecução do respectivo objeto social".

[465] Lei n.º 9.790/99: "Art. 9º. Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no artigo 3º desta lei".

IX – as organizações sociais;
X – as cooperativas;
XI – as fundações públicas;
XII – as fundações, sociedades civis ou associações de direito privado criadas por órgão público ou por fundações públicas;
XIII – as organizações creditícias que tenham quaisquer tipo de vinculação com o sistema financeiro nacional a que se refere o art. 192 da Constituição Federal.

Estas são as pessoas jurídicas impedidas de serem qualificadas como Oscip, não se lhes afastando, no entanto, no que couber, as outras titulações existentes. Ressalte-se: no que couber. A lei tem a clara intenção de proceder à categorização das organizações do Terceiro Setor, destinando-se tão-somente a parte delas por considerá-las as únicas merecedoras dos incentivos previstos na legislação, a exemplo de ordenamentos jurídicos estrangeiros.[466]

Nos Estados Unidos, por exemplo, há distinção entre espécies de atividades desenvolvidas por entidades sem fins lucrativos, destinando-se os benefícios fiscais de forma diferenciada de acordo com sua característica. O Código Tributário norte-americano (*tax code*) divide estas entidades em duas seções diferentes, 501 (c) (3) e 501 (c) (4), e uma das diferenças é o fato de as doações feitas às organizações enquadradas nesta seção não serem dedutíveis do imposto de renda.[467]

---

[466] José Eduardo Sabo Paes (PAES, José Eduardo Sabo. **Fundações e entidades de interesse social:** aspectos jurídicos, administrativos, contábeis e tributários. Brasília : Brasília Jurídica, 2003, p. 90) exemplifica: "E, nesse campo, os países anglo-saxônicos dispõem de uma das tradições mais ricas, sendo deles a disseminação comum dos termos *non profit sector*, *independent sector* ou *voluntary sector* para se referir ao que atualmente vem sendo chamado de Terceiro Setor, cuja legislação é o resultado de séculos de experiência social e jurídica, tendo eles já desenvolvido um marco legal do Terceiro Setor, onde, em linhas gerais, optou-se por distinguir em duas categorias as organizações do referido setor, tendo como parâmetro as suas finalidades. A primeira categoria é formada pelas organizações de interesse (ou caráter) público – que são aquelas voltadas para a defesa do interesse mais amplo da sociedade ou para o desenvolvimento de uma atividade que traz benefícios para a sociedade como um todo, mesmo que, aparentemente, ela se dedique apenas a beneficiar agrupamentos específicos (como, por exemplo, os aidéticos ou as populações mais carentes). A segunda é integrada pelas organizações de ajuda mútua ou de auto-ajuda – que são as organizações ou agrupamentos que se formam para defender interesses coletivos, mas de um círculo restrito, específico, de pessoas, como, por exemplo, uma associação de classe, um clube social ou uma associação de moradores de uma determinada zona da cidade ou de funcionários de uma determinada empresa".

[467] "Mais formalmente, focamos aqui nas organizações que são elegíveis para a isenção do imposto de renda pela Seção 501 (c) (3) do Código Tributário, e as que se aproximam mais do conceito de 'organizações de bem estar social' elegíveis para a isenção pela Seção 501 (c) (4) deste Código. Incluídas aqui estão organizações que operam 'exclusivamente por propósitos religiosos, caritativos, científicos ou educacionais' e que não distribuem qualquer renda que gerem para qualquer sócio ou outra pessoa. Sozinhas entre os vinte e seis tipos de organizações isentas do imposto de renda, as organizações da Seção 501 (c) (3) também são elegíveis a receber dedução fiscal das doações feitas por pessoas físicas ou jurídicas, reflexo do fato de que se espera que elas sirvam os interesses do público em geral ao invés dos interesses e necessidades tão-somente dos membros da organização" (SALAMON, Lester. The resilient sector: the State of nonprofit America. In: _____ (coord.). **The State of nonprofit America.** Washington, D.C. : Brooking Institution Press, 2003, p. 7, tradução nossa). No original: "More formally, we focus here on organizations that are eligible for exemption from federal income taxation under Section 501 (c) (3) of the tax code, plus the closely related 'social welfare organizations' eligible for exemption under Section 501 (c) (4) of this code. Included here are

Resta conhecer, portanto, o rol de atividades consideradas por esta lei como merecedoras da qualificação como Oscip. Como se vê, as atividades previstas se identificam com aquelas anteriormente apresentadas como fazendo parte do *espaço de participação* do Terceiro Setor. São elas, de acordo com o artigo 3º do referido diploma legal:

> I - promoção da assistência social;
> II – promoção da cultura, defesa e conservação do patrimônio histórico e artístico;
> III – promoção gratuita da educação, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
> IV – promoção gratuita da saúde, observando-se a forma complementar de participação das organizações de que trata esta Lei;
> V – promoção da segurança alimentar e nutricional;
> VI – defesa, preservação e conservação do meio ambiente e promoção do desenvolvimento sustentável;
> VII – promoção do voluntariado;
> VIII – promoção do desenvolvimento econômico e social e combate à pobreza;
> IX – experimentação, não-lucrativa, de novos modelos sócio-produtivos e de sistemas alternativos de produção, comércio, emprego e crédito;
> X – promoção de direitos estabelecidos, construção de novos direitos e assessoria jurídica gratuita de interesse suplementar;
> XI – promoção da ética, da paz, da cidadania, dos direitos humanos, da democracia e de outros valores universais;
> XII – estudos e pesquisas, desenvolvimento de tecnologias alternativas, produção e divulgação de informações e conhecimentos técnicos e científicos que digam respeito às atividades mencionadas neste artigo.

Desta forma, exercendo a pessoa jurídica de direito privado ao menos uma destas atividades enumeradas, bem como observando os demais requisitos legais para tanto, poderá ser qualificada como Oscip. E estes demais requisitos legais, que se dirigem ao estatuto da entidade, estão previstos no artigo 4º da mesma lei.[468]

---

organizations that operate 'exclusively for religious, charitable, scientific, or educational purposes' and that do not distribute any profits they may generate to any private shareholder or individual. Alone among the twenty-six types of organizations exempted from federal income taxation, the 501 (c) (3) organizations are also eligible to receive tax-deductible contributions from individuals and businesses, a reflection of the fact that they are expected to serve broad public purposes as opposed to the interests and needs of the members of the organizations alone".

[468] "Art. 4º. Atendido o disposto no artigo 3º, exige-se ainda, para qualificarem-se como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, que as pessoas jurídicas interessadas sejam regidas por estatutos cujas normas expressamente disponham sobre: I – a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência; II – a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório; III – a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade; IV – a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta; V – a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação

Qualificada como Oscip, a pessoa jurídica de direito privado sem fins lucrativos poderá firmar *termo de parceria* com o Poder Público, com vistas a dar execução às atividades sociais da entidade mediante determinados rigores exigidos nos artigos 9º a 15 da lei. Esta foi a grande novidade da referida legislação: criar nova e específica ferramenta de formalização de parceria entre a Administração Pública e o Terceiro Setor. O *termo de parceria,* portanto, se insere na esfera das atividades de fomento do Estado.

> É importante ressaltar que os termos de parceria celebrados com entidades privadas qualificadas como OSCIP são acordos administrativos colaborativos, ajustados entre o Poder Público e entidades privadas sem fins lucrativos. São acordos utilizados para viabilizar a concertação administrativa, e têm por função principal instituir e disciplinar vínculos de colaboração entre o Estado e a sociedade civil, estando presente em ambos os casos a atividade de fomento por parte do Estado.[469]

O próprio artigo 9º da Lei apresenta definição do *termo de parceria,* ressaltando a intenção da lei em criar instrumento representativo da colaboração entre o Poder Público e a sociedade civil:

> Art. 9º Fica instituído o Termo de Parceria, assim considerado o instrumento passível de ser firmado entre o Poder Público e as entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público destinado à formação de vínculo de cooperação entre as partes, para o fomento e a execução das atividades de interesse público previstas no art. 3º desta Lei.

Importantes elementos são extraídos deste conceito legal, mormente indicadores da finalidade atribuída ao instrumento criado. A começar com a definição da relação entre a

---

instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social; VI – a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva a para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação; VII – as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo: a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade; b) que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão; c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento; d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal".

[469] OLIVEIRA, Gustavo Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: termo de parceria e licitação. **Boletim de Direito Administrativo,** São Paulo : NDJ, ano XXI, n. 9, setembro de 2005, p. 1019. Também sobre os termos de parceria, cf. BARBOSA, Maria Nazaré Lins. Os termos de parceria como alternativa aos convênios – aspectos jurídicos. In: SZAZI, Eduardo (org.). **Terceiro setor:** temas polêmicos 1. São Paulo : Peirópolis, 2004, pp. 25-44.

Administração Pública e a entidade parceria: *vínculo de cooperação.* Afasta-se, portanto, a natureza contratual do instrumento[470], aproximando-se da natureza jurídica dos *convênios.*[471]

Temos para nós que, com Gustavo Justino de Oliveira e Fernando Borges Mânica, o *termo de parceria* é "nova forma jurídica de ajuste, a qual formaliza parcerias entre o setor público e o Terceiro Setor"[472], não sendo contratos administrativos tampouco convênios, embora tenham algumas semelhanças com estes. São, verdadeiramente, novas formas de ajuste sujeitas a regime jurídico próprio.

Quanto à finalidade, importante o conteúdo do citado artigo 9º ao fazer menção à atividade de fomento, demonstrando que os termos de parceria não se prestam a delegar serviços públicos à iniciativa privada, mas sim a fomentar as atividades de interesse público eleitas pela lei e desempenhadas pelas entidades sem fins lucrativos por ela abrangidas[473].

---

[470] Em sentido diverso entende Tarso Cabral Violin: "Sobre os termos de parceria temos o mesmo posicionamento quanto aos contratos de gestão. Ou seja, entendemos que os termos de parceria firmados entre a Administração Pública e as OSCIPs têm a mesma natureza jurídica dos contratos administrativos, com algumas peculiaridades próprias (VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública:** uma análise crítica. Belo Horizonte : Fórum, 2006, p. 268). Marçal Justen Filho prefere não definir uma única natureza jurídica aos termos de parceria: "É problemático definir, examinando a questão em tese, a natureza jurídica de um contrato de gestão. Até se poderia reconhecer figura similar ao 'convênio'. É que as partes, no contrato de gestão, não têm interesses contrapostos. Não se trata de submeter parcialmente o interesse próprio a um sacrifício para obter benefícios egoísticos ou vantagens consistentes na redução do patrimônio alheio. Trata-se, muito mais, de contratos organizacionais ou associativos, pelos quais diversos sujeitos estruturam deveres e direitos em face de interesses comuns. Mas, no caso concreto, a expressão 'contrato de gestão' pode comportar inúmeras figuras jurídicas, da mais diversa natureza. Caberá examinar a situação concreta para atingir uma conclusão. O regime jurídico aplicável dependerá da identificação do substrato da relação jurídica pactuada. (...) A Lei n. 9.790 denomina 'termo de parceria' a essa contratação entre o Estado e a OSCIP. O conteúdo da figura não difere daquele denominado 'contrato de gestão' pela Lei n. 9.637. Não há dúvida acerca da idêntica natureza jurídica de ambas as figuras, inclusive no tocante a limites e impedimentos. Aplicam-se aqui os comentários expendidos a propósito de tema similar quanto às organizações sociais" (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo.** 2ª ed. São Paulo : Saraiva, 2006, pp. 141-142). Egon Bockmann Moreira afasta expressamente a natureza contratual dos termos de parceria: "Para a implementação dessa metamorfose foram criadas novas figuras jurídicas, de difícil adaptação aos modelos antigos, que implementaram um outro tipo de convivência entre o público e o privado em setores essenciais às políticas públicas. Os exemplos mais próximos são os 'contratos de gestão' e os 'termos de parceria', nenhum dos quais se encaixa no conceito tradicional dos contratos administrativos" (MOREIRA, Egon Bockmann. Desenvolvimento econômico, políticas públicas e pessoas privadas (passado, presente e futuro de uma perene transformação). **Revista de Direito do Estado – RDE,** ano 3, n. 10, abr.-jun 2008, p. 215).

[471] "Quanto ao vínculo com a Administração Pública, é estabelecido, conforme visto, por meio de **termo de parceria**, em tudo semelhante ao contrato de gestão previsto em lei para as organizações sociais. Não tem, como esse último, natureza contratual, assemelhando-se muito mais aos convênios tradicionalmente celebrados entre o Poder Público e entidades privadas para formalizar o fomento" (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª ed. São Paulo : Atlas, 2006, p. 273, destaque no original).

[472] OLIVEIRA, Gustavo Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 1022.

[473] Com a ressalva de que não incluímos as Organizações Sociais no conceito de Terceiro Setor: "À semelhança dos convênios, os contratos de gestão e os termos de parceria têm como objetivo instrumentalizar o fomento estatal a atividades de interesse público desenvolvidas por entidades do terceiro setor" (MÂNICA,

E estas atividades, além de materialmente deverem observância ao disposto no artigo 3º, formalmente devem ser realizadas sob uma das duas formas previstas em seu parágrafo único[474], que a nosso ver contempla, resumidamente: i) a execução *direta* de projetos, programas e planos de ações correlatas às atividades previstas no artigo 3º, mediante a doação – no sentido de *destinação* – de recursos físicos, humanos e financeiros; e ii) a execução *indireta* destes projetos, programas e planos de ações correlatas, através da prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos ou órgãos públicos.[475]

Um exemplo de execução *direta* das atividades por meio de termo de parceria pode ser o da colaboração mútua entre o Poder Público e uma entidade sem fins lucrativos com vistas a desenvolver projeto de desenvolvimento sustentável em determinada região e em favor de população ribeirinha, promovendo ações de detecção dos problemas por ela enfrentados, das suas habilidades e necessidades, de modo a dotá-la de recursos materiais e imateriais para uma existência digna.

Exemplo de execução *indireta* das atividades seria o vínculo de cooperação entre o Poder Público e entidade sem fins lucrativos para a capacitação de associações e cooperativas de catadores de recicláveis em áreas como empreendedorismo, finanças, plano de negócios, etc., com vistas a dotá-las de auto-sustentabilidade.

Há, no entanto, outros requisitos a serem observados que em um primeiro momento são *formais* mas após a qualificação da entidade passam a orientar as suas atividades com vistas especialmente ao controle de repasses de verbas públicas. São as seguintes *cláusulas estatutárias obrigatórias* previstas no artigo 4º:

I – a observância dos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência: esta cláusula estatutária obrigatória tem a

---

Fernando Borges. Negócio jurídico para a prestação de serviços por entidade do terceiro setor: natureza jurídica, requisitos, critérios e procedimento para a celebração do ajuste. **Revista de Direito do Terceiro Setor – RDTS,** Belo Horizonte : Fórum, ano 1, n. 2, jul.-dez. 2007, p. 148).

[474] "Parágrafo único. Para os fins deste artigo, a dedicação às atividades nele previstas configura-se mediante a execução direta de projetos, programas, planos de ações correlatas, por meio da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda pela prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e a órgãos do setor público que atuem em áreas afins".

[475] Gustavo Justino de Oliveira e Fernando Borges Mânica entendem de forma diferente as possibilidades de atuação das entidades que pretendem a qualificação como Oscip: "De acordo com a Lei das OSCIPs, a entidade assim qualificada há de expressar sua dedicação às atividades enumeradas no parágrafo único do art. 3º da Lei federal n. 9.790/99 por intermédio (i) da realização de projetos, programas e planos de ações correlatas, (ii) da doação de recursos físicos, humanos e financeiros, ou ainda (iii) através da prestação de serviços intermediários de apoio a outras organizações sem fins lucrativos e órgãos do setor público que atuem em áreas afins" (OLIVEIRA, Gustavo Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. Op. cit., p. 1020). Entendemos que a doação de recursos físicos, humanos e financeiros prevista na lei é instrumental à execução direta das atividades, e no mais das vezes será instrumental à execução indireta também, não fazendo sentido considerá-la apartadamente.

função de aproximar os termos de parceria, sujeitos ao regime jurídico de direito privado, de limitações impostas pelo regime jurídico de direito público, tendo em vista o repasse de verbas públicas envolvido nos termos de parceria;

II - a adoção de práticas de gestão administrativa, necessárias e suficientes a coibir a obtenção, de forma individual ou coletiva, de benefícios ou vantagens pessoais, em decorrência da participação no respectivo processo decisório: o dispositivo tem como função coibir o desvio da finalidade não lucrativa pela entidade parceira, impedindo além da distribuição de lucros a obtenção de outras vantagens pessoais àqueles que dela participam.[476] Impede-se, assim, a apropriação privada dos frutos da atividade de interesse público desenvolvida pela entidade.

III - a constituição de conselho fiscal ou órgão equivalente, dotado de competência para opinar sobre os relatórios de desempenho financeiro e contábil, e sobre as operações patrimoniais realizadas, emitindo pareceres para os organismos superiores da entidade: exige-se, assim, importante forma de controle interno sobre as atividades da entidade, mediante a instalação obrigatória de Conselho Fiscal;

IV – a previsão de que, em caso de dissolução da entidade, o respectivo patrimônio líquido será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social da extinta: é dispositivo que, a exemplo do previsto no inciso II, tem por função impedir a apropriação indevida dos frutos da atuação da entidade particularmente, garantindo a continuidade do patrimônio amealhado pela entidade no desempenho de atividades de interesse público;[477]

V – a previsão de que, na hipótese de a pessoa jurídica perder a qualificação instituída por esta Lei, o respectivo acervo patrimonial disponível, adquirido com recursos públicos durante o período em que perdurou aquela qualificação, será transferido a outra pessoa jurídica qualificada nos termos desta Lei, preferencialmente que tenha o mesmo objeto social: a exemplo do dispositivo anterior, tem por finalidade impedir a apropriação privada do patrimônio da entidade; além disso, tem como conteúdo a preservação do patrimônio público afetado à atividade desenvolvida pela entidade, mormente a

---

[476] O Decreto n. 3.100/99, que regulamenta a Lei n. 9.790/99, assim define a abrangência das vantagens pessoais impedidas pelo dispositivo legal: "Art. 7º Entende-se como benefícios ou vantagens pessoais, nos termos do inciso II do art. 4º da Lei nº 9.790, de 1999, os obtidos: I - pelos dirigentes da entidade e seus cônjuges, companheiros e parentes colaterais ou afins até o terceiro grau; II - pelas pessoas jurídicas das quais os mencionados acima sejam controladores ou detenham mais de dez por cento das participações societárias".

[477] É dispositivo cuja previsão legal já existia para as associações (Código Civil, artigo 61) e para as fundações (Código Civil, artigo 69).

desqualificação pressupõe que a entidade não alcançou a finalidade pública a que se prestava o termo de parceria assinado;

VI - a possibilidade de se instituir remuneração para os dirigentes da entidade que atuem efetivamente na gestão executiva e para aqueles que a ela prestam serviços específicos, respeitados, em ambos os casos, os valores praticados pelo mercado, na região correspondente a sua área de atuação: uma das inovações desta qualificação é a possibilidade, não encontrada em outros títulos até então existentes[478], de remuneração – com limites – de seus dirigentes pelo exercício do cargo ou pela prestação de serviços específicos à entidade. É medida de profissionalização das entidades do Terceiro Setor, fundada na correta premissa de que permite que pessoas qualificadas para o exercício de funções administrativas auxiliem no crescimento do setor, acabando com a dependência das entidades de benfeitores dispostos a doar seu tempo para um trabalho não remunerado;

VII – as normas de prestação de contas a serem observadas pela entidade, que determinarão, no mínimo: a) a observância dos princípios fundamentais de contabilidade e das Normas Brasileiras de Contabilidade; b) que se dê publicidade por qualquer meio eficaz, no encerramento do exercício fiscal, ao relatório de atividades e das demonstrações financeiras da entidade, incluindo-se as certidões negativas de débitos junto ao INSS e ao FGTS, colocando-os à disposição para exame de qualquer cidadão; c) a realização de auditoria, inclusive por auditores externos independentes se for o caso, da aplicação dos eventuais recursos objeto do termo de parceria conforme previsto em regulamento; d) a prestação de contas de todos os recursos e bens de origem pública recebidos pelas Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público será feita conforme determina o parágrafo único do art. 70 da Constituição Federal: é norma que confere padrão de publicidade às contas das entidades qualificadas como Oscip, além de instituir controles social e externo importantes para o acompanhamento da lisura das atividades desenvolvidas. A começar com a exigência de observância às Normas Brasileiras de Contabilidade, o que significa a manutenção de obrigações acessórias de natureza financeira e tributária para permitir, além da qualidade documental, adequada fiscalização das pessoas competentes, inclusive sob pena de perda da qualificação. Além disso, como ferramenta de controle social a entidade deve publicar anualmente seu relatório de

---

[478] Cf. Lei n. 91/35 e Decreto n. 50.517/61 (Título de Utilidade Pública Federal); Lei n. 8.742/93 e Decreto n. 2.536/98 (Certificado de Entidade Beneficente de Assistência Social).

atividades e suas demonstrações financeiras, inclusive as certidões negativas[479]. Outras ferramentas de controle externo criadas pelo dispositivo dizem respeito à realização de auditoria (alínea "c") e à sujeição ao Tribunal de Contas (alínea "d"), cujo conteúdo e extensão são extraídos do Decreto n. 3.100/99.

Assim, estando as atividades *formalmente* e *materialmente* aptas a ensejar a qualificação da entidade como Oscip, esta estará habilitada a firmar termo de parceria com o Poder Público para a mútua colaboração na execução de tais atividades. Este termo de parceria, firmado *de comum acordo entre o Poder Público e as OSCIPs, discriminará direitos, responsabilidades e obrigações* (Lei n. 9.790/99, artigo 10), devendo conter obrigatoriamente as seguintes cláusulas (Lei n. 9.790/99, artigo 10, § 2º):

I - a do objeto, que conterá a especificação do programa de trabalho proposto pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público: o objeto, envolvendo a execução *direta* ou *indireta* de uma das atividades permitidas pelo artigo 3º, deverá estar especificado em programa de trabalho;

II - a de estipulação das metas e dos resultados a serem atingidos e os respectivos prazos de execução ou cronograma: o programa de trabalho deverá ter pertinência com metas e resultados a serem atingidos, bem como com o cronograma de execução, que auxiliarão no *controle de resultados* a que está submetido o termo de parceria;

III - a de previsão expressa dos critérios objetivos de avaliação de desempenho a serem utilizados, mediante indicadores de resultado: devem ser definidos os critérios de avaliação que permitirão avaliar se as metas e resultados foram atingidos, comparando-os com os indicadores apontados contratualmente;

IV - a de previsão de receitas e despesas a serem realizadas em seu cumprimento, estipulando item por item as categorias contábeis usadas pela organização e o detalhamento das remunerações e benefícios de pessoal a serem pagos, com recursos oriundos ou vinculados ao Termo de Parceria, a seus diretores, empregados e consultores:

---

[479] A propósito do controle social, vide os artigos 7º e 8º, da Lei n. 9.790/99 e o artigo 4º, do Decreto n. 3.100/99: "Art. 7º Perde-se a qualificação de Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, a pedido ou mediante decisão proferida em processo administrativo ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, no qual serão assegurados, ampla defesa e o devido contraditório. Art. 8º Vedado o anonimato, e desde que amparado por fundadas evidências de erro ou fraude, qualquer cidadão, respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, é parte legítima para requerer, judicial ou administrativamente, a perda da qualificação instituída por esta Lei"; "Art. 4º Qualquer cidadão, vedado o anonimato e respeitadas as prerrogativas do Ministério Público, desde que amparado por evidências de erro ou fraude, é parte legítima para requerer, judicial ou administrativamente, a perda da qualificação como Organização da Sociedade Civil de Interesse Público. Parágrafo único. A perda da qualificação dar-se-á mediante decisão proferida em processo administrativo, instaurado no Ministério da Justiça, de ofício ou a pedido do interessado, ou judicial, de iniciativa popular ou do Ministério Público, nos quais serão assegurados a ampla defesa e o contraditório".

especificação das receitas e despesas vinculadas ao objeto do Termo de Parceria, com o objetivo de fazer o controle da correta aplicação dos recursos envolvidos em comparação com os critérios de avaliação de desempenho;

V - a que estabelece as obrigações da Sociedade Civil de Interesse Público, entre as quais a de apresentar ao Poder Público, ao término de cada exercício, relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo específico das metas propostas com os resultados alcançados, acompanhado de prestação de contas dos gastos e receitas efetivamente realizados, independente das previsões mencionadas no inciso IV: a obrigação de apresentação anual do relatório de cumprimento de metas pelo parceiro privado, além de relatório financeiro;

VI - a de publicação, na imprensa oficial do Município, do Estado ou da União, conforme o alcance das atividades celebradas entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, de extrato do Termo de Parceria e de demonstrativo da sua execução física e financeira, conforme modelo simplificado estabelecido no regulamento desta Lei, contendo os dados principais da documentação obrigatória do inciso V, sob pena de não liberação dos recursos previstos no Termo de Parceria: a obrigatoriedade de publicação de extrato do termo de parceria na imprensa oficial antes da liberação dos recursos.

Destes dispositivos chama a atenção, além das novas previsões relativas às ferramentas de controle externo, a ênfase ao controle de resultados dada pela legislação no cumprimento dos termos de parceria, confirmada pela previsão do artigo 11 da mesma lei:

> Art. 11. A execução do objeto do Termo de Parceria será acompanhada e fiscalizada por órgão do Poder Público da área de atuação correspondente à atividade fomentada, e pelos Conselhos de Políticas Públicas das áreas correspondentes de atuação existentes, em cada nível de governo.
> § 1º Os resultados atingidos com a execução do Termo de Parceria devem ser analisados por comissão de avaliação, composta de comum acordo entre o órgão parceiro e a Organização da Sociedade Civil de Interesse Público.
> § 2º A comissão encaminhará à autoridade competente relatório conclusivo sobre a avaliação procedida.

O Decreto n. 3.100/99 (artigo 12) especifica o conteúdo da prestação de contas exigida no artigo 10, § 2º, V, da Lei n. 9.790/99, esclarecendo o evidente intuito de controle de resultados contido na norma:

> Art. 12. Para efeito do disposto no § 2º, inciso V, do art. 10 da Lei nº 9.790, de 1999, entende-se por prestação de contas relativa à execução do Termo de Parceria a

> comprovação, perante o órgão estatal parceiro, da correta aplicação dos recursos públicos recebidos e do adimplemento do objeto do Termo de Parceria, mediante a apresentação dos seguintes documentos: I - relatório sobre a execução do objeto do Termo de Parceria, contendo comparativo entre as metas propostas e os resultados alcançados; II - demonstrativo integral da receita e despesa realizadas na execução; III - parecer e relatório de auditoria, nos casos previstos no art. 20; e IV - entrega do extrato da execução física e financeira estabelecido no art. 19.

Ponto que envolve alguma polêmica na legislação dos termos de parceria diz respeito à sua submissão ou não às normas de licitação previstas na Lei n. 8.666/93. Questiona-se se a Administração Pública está sujeita ao procedimento licitatório para a escolha da entidade parceira a fim de firmar termo de parceria nos termos da Lei n. 9.790/99 e seu Decreto regulamentar n. 3.100/99.

Há quem entenda que a assinatura de termo de parceria deve ser precedida de licitação. Neste sentido é a lição de Marçal Justen Filho, para quem

> é obrigatória a adoção de procedimento licitatório para realização tanto do contrato de gestão como do termo de parceria. Não é facultado à Administração escolher, sem prévio procedimento licitatório, uma determinada organização da sociedade civil para realizar um "termo de parceria" e, a partir daí, atribuir-lhe recursos para contratações as mais diversas não subordinadas a licitação. Isso seria a porta aberta para a fraude e a destruição da regra constitucional da obrigatoriedade da licitação.[480]

Também é o entendimento de José Anacleto Abduch Santos, que afirma que "quanto à escolha das entidades do Terceiro Setor pela Administração Pública, para com elas firmar contrato de gestão ou termo de parceria, deve prevalecer a regra geral prevista na Constituição que obriga licitar, salvo hipótese de dispensa ou inexigibilidade"[481]. Ainda neste sentido se manifesta Tarso Cabral Violin, defendendo que "a Administração Pública *deverá realizar licitação* que assegure o atendimento dos princípios da igualdade, moralidade, economicidade, publicidade, dentre outros, para a escolha da entidade celebrante do termo de parceria"[482].

Entendemos, no entanto, em sentido diverso. Inicialmente, voltamos à carga com o quanto dito em relação à natureza jurídica dos termos de parceria: são novas formas de

---

[480] JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.** 14ª ed. São Paulo : Dialética, 2010, pp. 40-41.

[481] SANTOS, José Anacleto Abduch. Licitação e terceiro setor. In: OLIVEIRA, Gustavo Justino de (coord.). **Terceiro setor, empresas e Estado:** novas fronteiras entre o público e o privado. Belo Horizonte : Fórum, 2007, p. 300.

[482] VIOLIN, Tarso Cabral. **Terceiro setor e as parcerias com a Administração Pública:** uma análise crítica. Belo Horizonte : Fórum, 2006, p. 270.

colaboração entre o Poder Público e o Terceiro Setor, não se sujeitando às regras relativas aos contratos administrativos e aos convênios.

Como já visto, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, XXI, estabelece a exigência de processo de licitação pública para as *contratações* feitas pela Administração Pública, tendo ficado a cargo ficou a cargo da Lei n. 8.666/93 a sua regulamentação.

A exemplo do quanto argumentamos em relação aos convênios, a relação entabulada através dos termos de parceria não admite a extensão das normas licitatórias a este novo arranjo colaborativo. O fato de o Poder Público e a entidade almejarem o mesmo objetivo através da assinatura de termo de parceria afasta a fundamentação de exigência da licitação, pois o que se busca não é a contratação de serviços para solucionar *interesse da Administração.* Busca-se, através de acordo de colaboração, a união de esforços para o desempenho de ação de interesse público, mútuo entre as partes.

> Nos termos do que foi acima delineado, os Termos de Parceria celebrados entre o Poder Público e a OSCIP consistem em acordos colaborativos que viabilizam a concertação administrativa. Nesse sentido, entende-se, portanto, lícito sustentar que tal mecanismo constitui um novo modelo de gestão de serviços públicos. Optando, pois, o Poder Público pela parceria com a iniciativa privada para a promoção do desenvolvimento nacional, resta claro que o parceiro privado estará em uma posição distinta das situações ocupadas pelo particular enquanto mero fornecedor de bens e serviços, ou mesmo delegatário para a execução de serviços públicos nos termos e na forma em que a Administração determinar. Além disso, o objeto do Termo de Parceria refere-se necessariamente a uma das finalidades constantes do já mencionado art. 3º da Lei das OSCIPs, cujo rol exemplifica uma série de serviços públicos sociais e promoção dos direitos fundamentais. A atuação das OSCIPs, portanto, dirige-se diretamente ao atendimento do interesse público e não ao atendimento de uma necessidade da Administração Pública. Assim, o Termo de Parceria configura nova forma jurídica de ajuste, a qual formaliza parcerias entre o setor público e o Terceiro Setor, visando promover o desenvolvimento dos indivíduos, da sociedade e do País. Nesse sentido, fica evidente a inaplicabilidade da Lei de Licitações para a celebração de Termo de Parceria. Afinal, não se trata de contratação administrativa, mas de uma nova modalidade de acordo administrativo, cujo objetivo consiste em fomentar a prestação de serviços públicos sociais e a promoção de direitos fundamentais por entidades privadas não lucrativas qualificadas como OSCIP.[483]

Além disso, a Lei n. 9.790/99 não faz menção à sujeição da escolha do parceiro privado por meio de licitação pública; pelo contrário, a legislação define método de seleção próprio para este fim denominado *concurso de projetos.* É o que dispõe o artigo 23, do Decreto n. 3.100/99:

---

[483] OLIVEIRA, Gustavo Justino de; MÂNICA, Fernando Borges. Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público: termo de parceria e licitação. **Boletim de Direito Administrativo,** São Paulo : NDJ, ano XXI, n. 9, set. 2005, pp. 1021-1022.

> Art. 23. A escolha da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, para a celebração do Termo de Parceria, poderá ser feita por meio de publicação de edital de concursos de projetos pelo órgão estatal parceiro para obtenção de bens e serviços e para a realização de atividades, eventos, consultorias, cooperação técnica e assessoria.
> Parágrafo único. Instaurado o processo de seleção por concurso, é vedado ao Poder Público celebrar Termo de Parceria para o mesmo objeto, fora do concurso iniciado.

O concurso de projetos de que trata o Decreto é regulamento por ele próprio, que estabelece requisitos a serem observados para esta seleção em quatro fases que podem ser assim especificadas: i) convocação dos interessados; ii) apresentação do projeto; iii) seleção do projeto; iv) assinatura do Termo de Parceria.

A *convocação* deverá ser feita por edital (artigo 25) em que constem todas as informações objetivas e detalhadas sobre o objeto do termo de parceria (artigo 24 e 25, II), bem como informações formais sobre o concurso, como prazo, local, condições e forma da apresentação das propostas (artigo 25, I, IV e V), critérios para seleção da proposta vencedora (artigo 25, III), data do julgamento e da provável celebração do termo de parceria (artigo 25, VI) e o valor máximo a ser desembolsado (artigo 25, VII).

A *apresentação* do projeto pela potencial entidade parceira ao órgão estatal parceiro responsável pela seleção, nos termos e prazo definidos no edital conforme os artigos 24 e 25, deverá ser feita de forma a detalhar o seu conteúdo técnico e os custos de implementação (artigo 26).

A fase de *seleção* do projeto, o órgão público parceiro deve observância a critérios legais pré-estabelecidos no artigo 27. Deverá em primeiro lugar analisar se o projeto apresentado se adequa ao edital, ou seja, se a entidade proponente logrou alcançar o mérito pretendido pelo órgão público ao abrir a seleção (artigo 27, I). Além disso, deverá se certificar da capacidade técnica e operacional da entidade proponente (artigo 27, II) e se a mesma está juridicamente e financeiramente regular (artigo 27, V e VI[484]), evitando assim a assinatura de termo de parceria com entidade desqualificada para o desenvolvimento das atividades envolvidas no projeto, ou ainda cujas demonstrações financeiras demonstrem má administração. Será levado em conta também se a proposta apresentada se ajusta às especificações técnicas apresentadas no edital (artigo 27, IV). Não só tecnicamente, mas

[484] Este dispositivo faz menção à análise, no momento da seleção das propostas, dos documentos exigidos no artigo 11, § 2º, que dispõe: "§ 2º A prestação de contas será instruída com os seguintes documentos: I - relatório anual de execução de atividades; II - demonstração de resultados do exercício; III - balanço patrimonial; IV - demonstração das origens e aplicações de recursos; V - demonstração das mutações do patrimônio social; VI - notas explicativas das demonstrações contábeis, caso necessário; e VII - parecer e relatório de auditoria nos termos do art. 19 deste Decreto, se for o caso".

também a forma de alcançar o resultado, os custos, o cronograma e quais os resultados pretendidos serão avaliados na seleção do melhor projeto (artigo 27, III).[485]

Avaliados os projetos apresentados com base nestes critérios, que deverão constar do edital (artigo 29)[486], uma comissão julgadora não remunerada (artigo 30, § 1º) designada pelo órgão estatal parceiro e composta no mínimo "por um membro do Poder Executivo, um especialista no tema do concurso e um membro do Conselho de Política Pública da área de competência" (artigo 30, *caput*), apresentará o resultado dos trabalhos indicando os aprovados e o habilitado a firmar o termo de parceria (artigo 31).[487]

Este, e nenhum outro, é o procedimento previsto na legislação para a seleção do parceiro privado apto à assinatura de *termo de parceria* com o Poder Público, com a ressalva, aliás, de este procedimento é *opcional* ao órgão público parceiro. Como visto, o artigo 23, do Decreto n. 3.100/99, prevê que a escolha da Oscip pelo parceiro público *poderá* ser feita por meio de concurso de projetos, o que implica concluir que ficará a cargo do órgão público a definição quanto à aplicação ou não do procedimento de *concurso de projetos.*

Nos termos da lei, portanto, entendendo o órgão público parceiro que não é o caso de realização de concurso de projetos, poderá levar a efeito a assinatura do termo de parceria com entidade qualificada como Oscip diretamente, claro que observadas as demais exigências legais para tanto (artigos 9º a 15, da Lei n. 9.790/99, e artigos 9º a 22, do Decreto n. 3.100/99). Embora esta seja a realidade legislativa, não podemos deixar de criticar a assinatura de termo de parceria, cujo objeto é o estabelecimento de vínculo de cooperação entre parceiros público e privado para a realização de atividade de interesse público mútuo, sem a elaboração de um *concurso de projetos.* Não se está, aqui, defendendo a aplicação da Lei de Licitações; pelo contrário, entende-se pela sua

---

[485] O artigo 28 do Decreto traz importante balizamento para a etapa de seleção dos projetos: "Art. 28. Obedecidos aos princípios da administração pública, são inaceitáveis como critério de seleção, de desqualificação ou pontuação: I - o local do domicílio da Organização da Sociedade Civil de Interesse Público ou a exigência de experiência de trabalho da organização no local de domicílio do órgão parceiro estatal; II - a obrigatoriedade de consórcio ou associação com entidades sediadas na localidade onde deverá ser celebrado o Termo de Parceria; III - o volume de contrapartida ou qualquer outro benefício oferecido pela Organização da Sociedade Civil de Interesse Público".

[486] "Art. 29. O julgamento será realizado sobre o conjunto das propostas das Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, não sendo aceitos como critérios de julgamento os aspectos jurídicos, administrativos, técnicos ou operacionais não estipulados no edital do concurso".

[487] "Art. 31. Após o julgamento definitivo das propostas, a comissão apresentará, na presença dos concorrentes, os resultados de seu trabalho, indicando os aprovados. § 1º O órgão estatal parceiro: I - não examinará recursos administrativos contra as decisões da comissão julgadora; II - não poderá anular ou suspender administrativamente o resultado do concurso nem celebrar outros Termos de Parceria, com o mesmo objeto, sem antes finalizar o processo iniciado pelo concurso. § 2º Após o anúncio público do resultado do concurso, o órgão estatal parceiro o homologará, sendo imediata a celebração dos Termos de Parceria pela ordem de classificação dos aprovados".

inaplicabilidade inclusive conceitual aos termos de parceria. Mas a elaboração de análise comparativa entre várias possibilidades de execução de determinada atividade para se alcançar tais e quais finalidades é medida que se deveria impor, mormente em se tratando de vínculos que envolvem repasse de verbas públicas.[488]

Outra polêmica existente no ambiente dos termos de parceria diz respeito à necessidade ou não de as entidades parcerias privadas fazerem aplicar a Lei de Licitações para as aquisições de bens e serviços feitas com verbas públicas repassadas pelo parceiro público no âmbito de termo de parceria. Mais uma vez lembrando que entendemos o *termo de parceria* como nova forma de arranjo institucional entre a Administração Pública e entidades privadas, diversa dos contratos administrativos e dos convênios, vale frisar que a legislação específica dos *termos de parceria* não faz esta exigência.

Diferente da antes analisada legislação dos convênios (IN STN n. 01/1997, artigo 27, e Decreto n. 5.504/2005, artigo 1º), que exige que a entidade privada convenente que receba verbas públicas realize licitação pública, de preferência o pregão eletrônico, a legislação regente dos *termos de parceria* não prevê esta necessidade. Pelo contrário, o artigo 14, da Lei n. 9.790/99, é claro ao estabelecer que competirá à entidade privada parceira a edição de "regulamento próprio contendo os procedimentos que adotará para a contratação de obras e serviços, bem como para compras", devendo observância aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, economicidade e da eficiência (artigo 4º, I).

Isto não impede, é claro, que a entidade parceira se utilize do procedimento do pregão eletrônico ou mesmo dos procedimentos licitatórios, embora, em especial quanto à licitação, no mais das vezes seja impossível a aplicação de suas exigências procedimentais, o que gera regulamentos de compras bastante mais simplificados. Ou mesmo, nada impede que o edital de concurso de projetos exija a aplicação do procedimento licitatório, embora não seja obrigado. O fato é que basta, para os fins da legislação regente dos termos de parceria, que a entidade privada esteja adstrita a regulamento próprio que definirá os critérios de seleção para o gasto das verbas públicas que receberá do parceiro público.

Ocorre que o antes citado Decreto n. 5.504/2005, que rege os convênios e exige o pregão eletrônico para as compras feitas pelas entidades privadas convenentes com dinheiro público, faz expressa menção da sua aplicação às Oscips em seu artigo 1º, § 5º:

---

[488] Sobre esta polêmica na realidade italiana, cf. GAGLIARDUCCI, Francesca *et al.* Pubblica amministrazione, acquisti etici e terzo settore. In: CITTADINO, Caterina (org.). **Dove lo Stato non arriva:** pubblica amministrazione e terzo settore. Firenze : Passigli, 2008, pp. 199-270.

> § 5º Aplica-se o disposto neste artigo às entidades qualificadas como Organizações Sociais, na forma da Lei nº 9.637, de 15 de maio de 1998, e às entidades qualificadas como Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público, na forma da Lei nº 9.790, de 23 de março de 1999, relativamente aos recursos por elas administrados oriundos de repasses da União, em face dos respectivos contratos de gestão ou termos de parceria.

Este Decreto gera inúmeras críticas doutrinárias, inclusive propondo a sua inconstitucionalidade, a exemplo do entendimento de Gustavo Justino de Oliveira no sentido de que

> o Decreto n. 5.504/05 afronta o inc. XXVII do art. 22 e o inc. XXI do art. 37, ambos da Constituição da República. Os dois preceitos constitucionais são de clareza solar quando estipulam como destinatários da obrigatoriedade de licitar os órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta.[489]

Realmente, pelo fato de as entidades qualificadas como Oscip e os termos de parceria possíveis de serem por ela firmados com entes públicos estarem sujeitos a regime jurídico especial, notadamente no que tange à utilização dos recursos públicos a elas destinados constante do artigo 14, da Lei n. 9.790/99, a previsão do Decreto que exige a utilização do procedimento licitatório para estas compras deve ser considerada ilegal. "As disposições do Decreto n. 5.504/05 colidem com a disciplina especial das OSCIPs, notadamente com o que estabelece o art. 14 da Lei federal n. 9.790/99".[490]

Como dissemos no tópico dos convênios, no entanto, podemos considerar que o artigo 11, do Decreto n. 6.170/2007, revogou o artigo 1º, § 5º, do Decreto n. 5.504/05, no que tange à exigência de pregão para as aquisições feitas com verbas públicas repassadas às Oscips. É suficiente, portanto, a realização de *cotação prévia de preços no mercado,* que deverá ser objeto de regulamento específico da entidade.

Tem-se, assim, em largas passadas o regime jurídico aplicável às parcerias entre a Administração Pública e o Terceiro Setor através desta nova modalidade de arranjo colaborativo instituída pela Lei n. 9.790/99 e regulamentada pela Lei n. 3.100/99.

---

[489] OLIVEIRA, Gustavo Justino de. OSCIPS e licitação: ilegalidade do Decreto n. 5.504, de 05.08.05. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado – RERE,** Salvador : IBDP, n. 12, dez.-jan.-fev. 2008, p. 36. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-12-DEZEMBRO-2007-GUSTAVO%20JUSTINO.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2010. O autor vai além entendendo que "ao exigir a realização de processo licitatório, mesmo que a via eleita fosse a lei, e não o inválido decreto, haveria uma flagrante ofensa ao inc. XVIII do art. 5º da Constituição da República, o qual veda toda sorte de interferência estatal no funcionamento das associações" (ibidem, p. 36).

[490] Ibidem, p. 36.